Le Nepvou de Carfort

LA PROROGATION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

(ordonnance du 7 janvier 1959)

Paris 1962

collection HERMES

éditions Cujas

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538124_0027

LA PROROGATION DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

(Ordonnance du 7 Janvier 1959)

Frédéric LE NEP

PROROGATION DES SO

(Ordonnance d

PR

de J.
Professeur à la Faculté de Dro

ÉDITION
19, r

DU de CARFORT

A

CIÉTÉS COMMERCIALES

7 Janvier 1959)

FACE

ÉMARD

les Sciences Economiques de Paris

CUJAS

Cujas

54

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

PRÉFACE

A la différence des personnes physiques, soumises aux lois de la nature, les sociétés, personnes morales, peuvent fixer elles-mêmes le terme de leur existence ou lui assigner une durée illimitée. Ainsi une société peut être constituée pour dix ans, cinquante ans ou quatre-vingt-dix-neuf ans ou, à l'inverse, sans limitation de durée. L'arrivée du terme prévu entraîne la dissolution de la société (art. 1865-1° Code civil) mais, toujours à la différence des personnes physiques, les associés peuvent auparavant proroger la durée de la société et, même lorsque cette dissolution intervient, elle n'entraîne pas la disparition matérielle de la société. Mais la question se pose de savoir dans quelles conditions les associés peuvent décider cette prorogation : faudra-t-il l'unanimité ou une majorité est-elle suffisante ; d'autre part, les statuts peuvent-ils exclure formellement de continuer la société au delà du terme primitivement convenu. D'un autre côté, il est fréquent que des sociétés aient continué à fonctionner pendant de longues années après que soit survenue la date à laquelle leur activité devait prendre fin, soit que les associés aient été négligents, soit qu'ils aient volontairement méconnu la disposition des statuts fixant la durée de la société. Il en résulte de nombreuses difficultés tant juridiques que fiscales auxquelles la jurisprudence et la doctrine, parfois aussi le législateur, ont dû apporter des solutions. Aussi bien, si la personnalité morale d'une société survit à sa dissolution, c'est uniquement pour les besoins de sa liquidation et les sociétés prorogées de fait entreprennent parfois de nouvelles activités. Et il n'est plus possible de revenir sur la dissolution qui a agi de plein droit par la seule arrivée du terme, de sorte que la constitution d'une nouvelle société était nécessaire pour rétablir une situation légale.

L'ordonnance du 7 janvier 1945 veut empêcher que ne se réalisent de pareilles situations, en obligeant les associés à décider, un an avant la date d'expiration de la société, si celle-ci doit être prorogée ou non. M. Le Nepvou de Carfort a entrepris l'étude de cette ordonnance, qui ne pouvait se faire qu'en retraçant l'état du

droit antérieur. Après avoir exposé les difficultés inhérentes à la prorogation dans les différents types de sociétés, sur le plan juridique et fiscal, il examine sur les mêmes plans les conséquences de la poursuite irrégulière de l'activité sociale au delà du terme statutaire et montre que les remèdes juridiques utilisés jusqu'en 1959, se révélaient insuffisants. Enfin, il examine certains textes antérieurs à l'ordonnance, puis le mécanisme de celle-ci avant de conclure sur l'utilité de ses dispositions qui ne sera d'ailleurs entière que dans la mesure où la loi fiscale diminuera, sinon supprimera, les droits exigés lors d'une prorogation.

L'ordonnance de 1959, ne paraît guère avoir retenu l'attention des juristes et pourtant M. Le Nepvou de Carfort montre à l'évidence l'intérêt de son étude. Sa formation scientifique qui a précédé ses études de droit lui avait donné par avance le goût de l'exactitude et de la rigueur du raisonnement qui sont aussi nécessaires à celles-ci. Sa documentation a été faite de la façon la plus sérieuse, mais il a su s'élever au-dessus des textes et des arrêts pour porter la discussion sur le plan des rapports entre la personnalité morale et sa durée, question qui se pose dans des termes nouveaux avec l'avant-projet de loi sur les société qui interdira la constitution de sociétés à durée illimitée. Par là, comme par le commentaire même de l'ordonnance de 1959, il a apporté une très utile contribution à l'étude de notre droit des sociétés, actuellement en pleine évolution.

J. HÉMARD,

Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Paris,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Lille.

ORDONNANCE N° 59-73 DU 7 JANVIER 1959 RELATIVE AUX PROROGATIONS DE SOCIÉTÉS

« Le Président du conseil des ministres,

« Sur le rapport du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre des finances et des affaires économiques et du ministre de l'industrie et du commerce,

« Vu la Constitution, et notamment ses articles 34 et 92,

« Le Conseil d'Etat entendu ;

« Le Conseil des ministres entendu ;

« Ordonne :

« Article premier. — Un an au moins avant la date d'expiration de toute société dont le siège social est situé sur le territoire de la République, ses représentants légaux doivent provoquer une réunion de la collectivité des associés pour décider dans les conditions requises pour une modification aux statuts si la société doit être prorogée ou non.

« Faute par eux d'avoir provoqué cette décision, tout associé après mise en demeure par lettre recommandée, demeurée infructueuse, peut demander au président du tribunal de commerce, statuant sur requête, la désignation d'un mandataire de justice chargé de consulter les associés et de provoquer une décision de leur part sur la question.

(Loi n° 61.1449 du 29 déc. 1961, art. 5) « Toutefois la compétence attribuée par l'alinéa précédent au président du tribunal de commerce est transférée au président du tribunal de grande instance s'il s'agit d'une société coopérative agricole, d'une union de sociétés coopératives agricoles ou d'une société d'intérêt collectif agricole à forme civile.

« Article 2. — A titre exceptionnel, les sociétés, dont le siège social est situé sur le territoire de la République et qui sont arrivées à leur terme statutaire avant la mise en vigueur de la présente ordonnance ou qui y arriveraient dans les six mois de cette mise en vigueur, peuvent valablement proroger leur durée avec effet rétroactif au jour de ce terme, sans création d'une personne morale nouvelle, lorsqu'elles auront continué à fonctionner conformément à leurs statuts.

« La prorogation ne peut résulter que d'une décision prise dans l'année suivant la mise en vigueur de la présente ordonnance.

« Les dispositions du présent article ne peuvent avoir pour résultat de remettre en cause les impositions régulièrement établies à l'égard des sociétés arrivées à leur terme avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

« Article 3. — Les sociétés tenues de requérir leur réimmatriculation au registre du commerce en application des dispositions de l'article 1er, alinéa 2, du décret n° 56-1130 du 12 novembre 1956 et qui auront procédé à leur prorogation, conformément au dispositions de l'article 2 ci-dessus, pourront présenter leur demande de réimmatriculation dans un délai de deux mois à dater de cette prorogation.

« Article 4. — La présente ordonnance sera publiée au Journal Officiel de la République Française et exécutée comme loi.

INTRODUCTION

L'ordonnance 59-73 du 7 janvier 1959 règle d'une manière impérative une question dont les aspects juridiques et fiscaux avaient été depuis longtemps étudiés et formaient matière à controverses : la prorogation des sociétés, ou la prolongation de leur durée fixée par le contrat de constitution ; les rares textes qui y faisaient allusion étaient, ou partiels et limités à certains aspects du problème, ou conçus en termes très généraux, donnant ainsi fréquemment lieu à des interprétations différentes car en dehors de dispositions législatives précises, la solution des difficultés qui apparaissent lors de l'opération devra dépendre directement de la valeur et de la signification attribuées à la personne morale existante par rapport à celles du pacte qui l'a engendrée et qui est sur le point d'expirer. En doctrine, la notion de personnalité morale des sociétés, distincte des personnalités individuelles de leurs membres s'est affirmée toujours davantage au cours de ces dernières années, même lorsqu'il n'était pas absolument indispensable de la faire intervenir pour le fonctionnement normal des entreprises (Cass. ass. plénière, 1.3.1950, D., 1950.353 ; dans le même sens Aix 25.5.54, *Gaz. Pal.*, 1954.11.87). De la conception primitive de fiction établie par la loi parce que justifiée par la nécessité d'une autonomie patrimoniale et d'une unité d'administration, on est passé à celle de la réalité intrinsèque, découlant des faits.

Rien ne permet mieux de mesurer le chemin parcouru depuis la fin du XIX[e] siècle que la comparaison des termes de ces deux arrêts, dont l'un fut rendu par la Cour de Nîmes (Nîmes, 18.7.92 et confirmé par Cass. Req., 2.1.1894, S., 1894.1.130) :

... « Qu'il importe souverainement de rappeler et de décider que le pouvoir législatif doit seul, de nos jours comme par le passé, par lui ou par ses délégués, pouvoir créer des personnes morales... »

L'autre par la Cour de cassation, le 28 janvier 1954 (D.1954.217) :

« Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés ».

Arrêt à propos duquel M. G. Levasseur, dans la note qu'il lui consacra, écrivait que la jurisprudence sur les sociétés de fait allait s'en trouver encouragée. Et il prévoyait la possibilité, dans le domaine économique, de la naissance de groupes non légalement constitués mais auxquels serait reconnue la personnalité morale en raison de la licéité de leur activité.

Dirons-nous, en mesurant le sens et la portée de cette décision de la cour suprême, que l'ordonnance 59-73, confirmant un esprit nouveau de la jurisprudence, légitime cette forme particulière de société de fait résultant de la continuation des activités sociales au-delà du terme qui leur était assigné sans qu'il eut été procédé aux formalités de la prorogation ? Certainement pas, car il faut éviter de se méprendre sur la signification de l'article 2 : celui-ci a un caractère essentiellement provisoire. Ce n'est qu'à titre exceptionnel et pendant une période assez courte, sous certaines conditions, que ces sociétés pouvaient être régularisées.

L'article premier, lui, est d'une application permanente, et ses dispositions précises mettent au contraire un frein à une éventuelle application aux sociétés non légalement prorogées d'une jurisprudence devenue, certes, extensive en matière de sociétés de fait, mais en d'autres domaines et pour d'autres motifs, alors qu'elle se montrait, à de rares exceptions près, toujours sévère à l'égard des sociétés irrégulièrement continuées dès que des intérêts privés étaient invoqués pour obtenir leur dissolution. Et si, en matière fiscale les décisions rendues furent plus fréquemment bienveillantes, même avant les tolérances officiellement admises ces dernières années, il y a lieu de ne pas oublier que l'administration s'attache, ici, plus au fait qu'au droit.

Ces sociétés de fait ne sont donc pas acceptées par le législateur. On leur permet simplement pour un temps de devenir régulières en raison de leur régularité précédemment acquise et confirmée jusqu'à leur terme. Mais elles apparaissent comme condamnées définitivement dans leur principe.

L'ordonnance 59-73 ne consacre pas les sociétés de fait. Il serait plus juste de penser, comme nous le verrons, *qu'elle consacre le fait de la société*. Il y a là, à notre sens, une nuance importante à observer.

Si, du point de vue juridique, cette ordonnance — et surtout si on la rapproche de celle rendue le même jour sous le numéro 59-123 modifiant l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867 — est importante en ce qu'elle représente une expression de la volonté du législateur de « conserver à la société sa personnalité juridique » dans tous les cas où cette conservation est possible, l'organisation de la proporation était imposée par des considérations d'ordre pratique.

Beaucoup de sociétés, et notamment parmi celles constituées en la forme anonyme pour 50 ou 99 ans sous le régime de la loi de 1867 ou en la forme à responsabilité limitée pour 25 à 50 ans après la loi de 1925 étaient, à l'époque, sur le point d'arriver à leur terme,

ou allaient l'atteindre dans un avenir prochain. Avec le temps prévu statutairement pour leur durée, elles avaient pris une importance et une extension de plus en plus grandes, et le problème de leur continuation ultérieure se posait pour elles d'une manière aiguë, car d'après l'article 1865 du code civil § 1, la société finit « par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ».

Problème en soi difficile et onéreux à résoudre : difficile en droit privé, tout d'abord. Si l'on pense à l'initiative qu'elle suppose, la somme de travail et les risques qu'elle entraîne, la fondation d'une affaire semble devoir, dans l'ordre de la réalisation pratique, rencontrer bien plus d'obstacles que sa simple continuation. Mais cette remarque est mise en défaut sur le plan du droit. La constitution s'opère en effet toujours dans un cadre juridique relativement simple. Les associés qui adhèrent au contrat de société ou l'établissent personnellement le font d'une manière volontaire et à l'unanimité. La société est la création d'un groupe de personnes à l'affiliation duquel chacune est libre de consentir ou de renoncer. Il y a recherche d'un but commun et l'intérêt de sa réalisation est le même pour tous ses membres, sinon d'une façon égale, du moins situé dans une seule direction.

Il n'en est plus ainsi au moment où la société ayant vécu le temps pour lequel elle avait été contractée, la question de sa disparition ou de son maintien va se poser. La situation est alors beaucoup plus complexe. La plupart du temps, la communion d'intérêts existant au départ sera rompue ; certains associés estimeront avoir un avantage à la poursuite de l'affaire, afin d'augmenter leurs chances de gain si elle est saine et prospère, ou dans l'espoir d'un redressement si elle est momentanément dans une phase difficile, mais non encore désespérée.

D'autres souhaiteront au contraire, dans les mêmes hypothèses, la suspension normale du contrat, soit pour profiter de la répartition d'un actif net important, soit pour se dégager de risques qu'ils jugent trop lourds dans l'état actuel de l'entreprise.

Or, la prorogation ne peut être décidée qu'en vertu d'un nouveau contrat. Mais sur quelles bases nouvelles et comment le conclure ?

Au moment de la constitution, il n'y avait que des individus unis par une volonté commune. Maintenant, l'on se trouve encore en présence d'individus, mais dont les intérêts ou tout au moins la conception qu'ils en ont, et par suite les volontés, sont souvent contradictoires, et d'une partie nouvelle, l'entité morale de la société, à laquelle son existence antérieure a conféré une force et une expression échappant aux volontés particulières de ses membres. Elle va donc intervenir d'une façon plus ou moins indépendante dans la formation du nouveau pacte, et il y aura lieu de tenir compte des droits et des obligations qui lui sont propres.

En droit fiscal, les conséquences de la prorogation sont onéreuses. Les lois du 28 février 1872 et du 28 avril 1893 assimilaient l'opération à la constitution d'une société nouvelle, grevant ces deux contrats d'un même droit d'apport calculé sur le montant du ca-

pital social au moment de la constitution, sur la valeur de l'actif social net déduction faite du passif, lors de l'acte de prorogation. Or, pour les sociétés ayant vécu leur existence prévue, c'est-à-dire ayant, en général, prospéré, il y avait dans la plupart des cas une forte différence entre le capital nominal et la valeur de l'actif net, celle des réserves, des stocks et des immobilisations. Et dans l'actif servant à l'établissement de l'assiette de l'impôt étaient compris, non seulement des biens présents s'étant augmentés d'une plus-value depuis leur acquisition, mais encore tout élément de l'avoir social équivalent à une créance à terme, c'est-à-dire non encore exigible, mais susceptible de servir de gage aux créanciers sociaux.

La première étape de l'œuvre législative proprement dite d'après la guerre 1939-1945 — réserve faite ici des mesures exceptionnelles de la loi de 1949 en faveur des sociétés dont la prorogation avait été empêchée ou retardée par les hostilités — en ce qui concerne les prorogations régulièrement effectuées, consista donc à les faciliter sur le plan fiscal pour les sociétés commerciales ; on abaissa de moitié le droit proportionnel dû lors de la prorogation par rapport à celui exigé à la constitution.

Mais encore fallait-il que la prorogation de la société fût décidée dans des conditions normales c'est-à-dire avant le terme prévu pour son expiration, à l'unanimité ou à la majorité des associés suivant les cas, et régulièrement publiée... Sinon la société. même continuant en fait son exploitation au-delà du terme, était considérée comme dissoute de plein droit ; elle ne subsistait plus que d'une manière précaire, toute personne ayant un intérêt légitime à sa liquidation et au partage de ses biens pouvant se prévaloir de sa situation pour en obtenir les effets juridiques. Il n'existait qu'un seul remède : la reconstitution de la société, avec toutes les formalités prescrites pour cette opération, qui entraînait la création d'un être moral nouveau, l'ancien étant disparu. Du point de vue fiscal, il fallait en principe subir les conséquences de la vente des biens de la société dissoute, biens devenus la propriété indivise des associés, à la société nouvelle formée, à laquelle les anciens associés étaient censés faire apport à titre onéreux des biens sociaux (Hamel et Lagarde, I, n° 474) jusqu'à concurrence de la valeur correspondante au montant du passif antérieur, repris en charge par le nouvel être moral. Quant à la fraction de l'actif excédant le passif, elle se trouvait grevée du droit normal dû pour une constitution, à savoir le double de celui perçu à la prorogation. On conçoit que le total de ces droits d'apport, de vente, de mutation et de transcription, dans le cas si fréquent en pratique où il y avait un actif immobilier important, pouvait être extrêmement élevé.

C'est ainsi qu'une société arrivée à son terme « in bonis » et l'ayant dépassé sans s'être prorogée pouvait brusquement être mise en difficulté d'une manière des plus graves : même si sa dissolution n'était pas poursuivie par ceux intéressés à l'obtenir, elle risquait d'avoir à faire face à de lourdes exigences fiscales.

Et cependant l'expérience révélait que, dans un certain nombre

de cas, les dirigeants des sociétés avaient laissé passer la date du terme sans procéder au renouvellement du pacte dans les formes légales, se mettant ainsi à la merci de leurs créanciers et de l'administration de l'enregistrement. Comment expliquer un tel phénomène ? Si l'on examine les jugements et arrêts rendus en la matière, on constate qu'il ne semble jamais avoir intégralement sa cause dans une volonté préméditée ou un espoir certain qu'auraient eu les administrateurs ou gérants fautifs d'échapper purement et simplement au fait de la prorogation et à la perception des taxes qu'il entraîne. Mais la négligence, la méconnaissance des règles légales, et surtout la tendance plus ou moins consciente à perdre de vue, lorsqu'une affaire est vivante, dynamique, qu'elle pourra prendre fin un jour, paraissent avoir joué le rôle principal dans la plupart des cas de continuation irrégulière, qu'aucune loi codifiée ne sanctionnait du reste d'une manière formelle ; l'article 1866 civ. ne considère la prorogation que sous l'angle de la preuve. L'article 714 du code général des impôts ne la mentionne qu'à propos des droits dus à cette occasion.

Quoi qu'il en soit, cette négligence, maladresse ou omission dans la gestion, tout de même difficilement concevable dans les entreprises très importantes pourvues d'un contentieux bien organisé, se produisait assez fréquemment, non seulement dans les sociétés de personnes, mais aussi dans les sociétés à responsabilité limitée et des sociétés anonymes de petite ou de moyenne importance ; dans ces deux derniers types, la responsabilité encourue par les gérants et les administrateurs à l'égard des autres associés et des tiers est des plus étendue. En vertu des lois du 24 juillet 1867 (art. 42 et 44) et du 7 mars 1925 (art. 10 et 25), elle est susceptible de peser d'une manière solidaire sur les dirigeants jusqu'à concurrence de la réparation totale du préjudice causé. Une prorogation décidée après terme était, en droit strict, totalement inopérante. Et, à la différence des autres causes d'annulations prévues pour vices de constitution ou de publication, le tribunal saisi n'avait pas la latitude d'accorder un délai pour régulariser la situation. Il se trouvait obligé de reconnaître une nullité couverte seulement et sous certaines conditions par la prescription quinquennale.

Les conséquences pouvaient être si redoutables que, dès les années 1950-1951 l'administration de l'enregistrement et celle des contributions directes se sont montrées libérales et ont pris des mesures de tempérament (*Débats A. N.*, 7.10.1950, p. 856, n° 12513 et 9.2.1954, p. 153, n° 9052) à l'égard des S. A. et des S. A. R. L. dont la prorogation avait été décidée à retardement, mais comme devant produire un effet rétroactif : à condition qu'aucune modification n'ait été apportée à leur objet et à leurs évaluations comptables, il fut considéré qu'il n'y avait pas de cessation d'entreprise entraînant la vente des biens d'une société dissoute à une société nouvelle et l'imposition immédiate des plus-values afférentes aux divers éléments de l'actif. Seul le droit proportionnel d'apport était perçu. Mais en droit privé, la stabilité des dites sociétés restait très

compromise ; il était pratiquement impossible d'éviter une liquidation poursuivie par des ayants cause civils de ces entreprises. Et il n'existait aucun texte précisant les conditions de la prorogation régulière, imposant notamment aux administrateurs l'obligation de saisir l'assemblée générale dans les délais utiles et leur permettant provisoirement de rétablir une situation dangereuse dans le cas où ils s'y seraient laissés conduire.

Ce fut le rôle de l'ordonnance 59-73. Les règles qu'elle codifie sont intéressantes à étudier en ce qu'elles constituent l'aboutissement d'un long travail à la fois doctrinal, jurisprudentiel et législatif sur le plan fiscal comme ceui du droit commercial, car elle est étroitement liée à l'évolution du contenu de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, de plus en plus remanié et étendu depuis le début du siècle.

L'ordonnance a encore cette originalité particulière de se présenter sous deux aspects, dont on pourrait dire qu'ils sont contradictoires dans leur principe, complémentaires dans leur effet : d'une part, elle défend et consolide la personne morale s'exprimant par la volonté du corps social en imposant la réunion de ce dernier à un moment crucial de la destinée de la société, nonobstant l'inertie de ses administrateurs et parfois même la mauvaise volonté de certains actionnaires importants intéressés à la dissolution dans le seul but de reprendre pour eux-mêmes une affaire florissante (Moreau, n° 356, tome 1) et, sous cet angle, elle confère à l'être moral une autonomie renforcée à l'encontre des prises de position personnelles à ses membres. Mais d'autre part, elle rétablit entre cet être et chacun des associés un contact possible qui se perdait de plus en plus dans la pratique des sociétés anonymes, les petits actionnaires ayant pris l'habitude, non plus d'assister en personne aux assemblées, mais de s'y faire représenter et de donner des pouvoirs en blanc aux actionnaires influents, manifestant ainsi leur peu d'intérêt à l'égard des problèmes sociaux. Et même lorsqu'il n'en était pas ainsi, ils n'avaient pas le pouvoir individuel légalement reconnu de provoquer la convocation d'une assemblée. D'après les textes généraux, ils ne pouvaient qu'intenter une action en justice contre les dirigeants ou la société dans les cas spéciaux prévus aux articles 17 et 37 de la loi du 24 juillet 1867 (action en responsabilité ou en dissolution). Thaller (*Ann. dr. com.*, 1913, p. 231) estimait « impossible, dans l'état de notre droit des sociétés, de fournir à l'actionnaire le moyen pratique d'obtenir la réunion de l'assemblée, dont les pouvoirs dirigeants sont les seuls maîtres de décider la tenue ».

En fait, les statuts des sociétés anonymes accorderaient fréquemment aux actionnaires représentant une certaine fraction minimum du capital social le droit de demander au conseil d'administration la convocation d'assemblées générales ordinaires et même extraordinaires (Trib. com. Seine, 14.9.1928, *Rev Soc.*, 1930, p. 351. Trib. com. Toulouse, 9.8.1929, *J. Soc.*, 1930, p. 233). Et finalement, la doctrine en vint à reconnaître à tous les actionnaires, même dans

le silence des statuts, la faculté de demander en justice la convocation d'une assemblée, en cas d'urgence et d'inertie de la part du conseil (Vienot : « L'application aux sociétés de la loi du 11 mars 1924 sur les référés commerciaux », *J. Soc.*, 1931, p. 321 ; Piquecry : « Le juge des référés et la convocation d'une assemblée générale à la demande d'un actionnaire », *Rev. Soc.*, 1929, p. 145 ; Houpin et Bosvieux, 7e éd., tome 2, n° 1155).

Mais la possibilité d'utiliser ces voies et leur efficacité correspondaient à des exceptions dépendant de clauses particulières des statuts ou de l'appréciation des tribunaux, seuls juges de l'opportunité de la demande introduite. En droit strict, aucune loi n'édictait qu'il y fût obligatoirement satisfait. L'ordonnance 59-73 apporte précisément un élément nouveau à ce droit : il y a désormais un cas spécifié où, théoriquement au moins, la volonté d'un seul actionnaire est capable de déclencher une des décisions les plus importantes de la vie sociale.

En raison de ce double aspect, il demeure difficile de situer exactement l'esprit de l'ordonnance : ceux qui restent attachés à la prédominance du caractère contractuel de la société, quelque soit sa puissance acquise, y verront un retour au contrat contre la manifestation d'un fait de plus en plus souvent observé : la société dont la forme a été initialement conçue pour se développer dans un cadre contractuel ne peut subsister qu'en s'y maintenant, et il n'existe pas un moment de son évolution où elle pourrait y échapper pour continuer à vivre sur son propre élan. Nous pensons plutôt que le texte sous-entend la reconnaissance de la primauté du fait social sur le contrat, dont il a franchi progressivement les limites et auquel il s'agit désormais d'assurer une protection de nature véritablement institutionnelle.

Quoi qu'il en soit, le législateur a voulu, par ces voies, attirer l'attention sur l'importance extrême de la question de la prorogation, de son principe et des conséquences de la négligence qui consisterait à ne pas prendre parti à son sujet en temps utile. Nous nous proposons dans notre étude, de dégager la portée des textes de l'ordonnance du 7 janvier 1959, de montrer qu'ils s'imposaient comme solutions d'un problème mettant dangereusement en cause l'existence des sociétés. La question est, dès lors, placée dans un cadre aussi précis que le permettaient des règles qui, par ailleurs, n'ont jamais en France limité expressément la durée maximum du contrat de société selon le type adopté.

Montrer pourquoi et comment on est parvenu à créer ce cadre, tel sera l'objet d'un travail auquel nous donnerons quatre parties :

I. — Les difficultés inhérentes à la prorogation.

II. — Les conséquences de la poursuite irrégulière de l'activité sociale au-delà du terme statutaire.

III. — L'insuffisance juridique des remèdes utilisés jusqu'à l'ordonnance.

IV. — L'œuvre législative antérieure à l'ordonnance et l'application pratique des mesures édictées.

TITRE PREMIER

LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES A LA PROROGATION

CHAPITRE I

LE PARTICULARISME JURIDIQUE DE LA PROROGATION

1. — « Proroger », si l'on s'en rapporte à la définition du « Littré » signifie, d'une manière générale, prolonger le temps donné pour une chose.

D'après la nature et les stipulations particulières du contrat qui l'a formée, différents événements sont susceptibles de mettre fin à une société ; on peut admettre, par exemple, que sa disparition aura lieu avec l'extinction de l'objet d'exploitation, ou la consommation de la négociation, ou à la survenance d'un fait dont la date n'est pas encore connue : le retrait volontaire ou rendu obligatoire d'un des associés dans les sociétés de personne (art. 1865 civ.). Le terme de la société, ou date de son expiration, est alors incertain. L'on peut aussi — et c'est de beaucoup le cas le plus fréquent — passer le contrat pour un temps déterminé et lui attribuer un terme incertain ; il est encore possible de combiner les deux systèmes, en posant comme principe que la société aura telle ou telle durée maximum, pouvant être abrégée par une ou plusieurs circonstances particulières.

2. — En matière commerciale, il n'y a prorogation dans ces diverses hypothèses, que pour autant que l'on a décidé, par un changement apporté aux clauses du contrat constitutif, de prolonger le temps d'existence de la société, certain ou incertain, avant que le fait dont il dépendait ne se soit produit. C'est ainsi que la renonciation à une clause restrictive conventionnelle de la durée ne peut empêcher la dissolution de plein droit de la société, lorsque cette renonciation a lieu après que cette clause eut produit ses effets (Civ., 10.5.1954, *Bull. civ.*, 1954, n° 169).

3. — Le fait choisi implicitement ou explicitement pouvant être de nature variable, il y a donc différentes sources possibles de prorogation, et cette remarque méritait d'être mise en relief, parce que beaucoup de sociétés irrégulièrement continuées et par suite

condamnées furent victimes de clauses restrictives de la durée, dont il n'avait pas été tenu compte au moment où le jeu normal du contrat devait amener leur intervention.

4. — Dans toute prorogation ou dissolution, il y a un rapport plus ou moins grand entre les volontés qui instituent l'opération considérée et les causes qui la provoquent. Le cas visé par l'ordonnance 59-73 et que nous étudions ici est celui où, ayant assigné à l'existence de la société une durée déterminée, l'on décide, au cours de l'entreprise, de prolonger le pacte social au-delà du terme préalablement fixé, en considération de ce terme même qu'il faut éloigner afin qu'il ne devienne pas la cause de suspension d'une affaire qu'on a intérêt à poursuivre. Une question se pose alors : la durée du contrat de société commerciale a-t-elle la même fonction et les mêmes conséquences que dans un autre contrat ordinaire de droit privé, et dans quelles conditions est-elle modifiable, au cours de l'exécution du pacte, par la volonté des parties ? Autrement dit, est-elle une de ces bases essentielles qui ne pourront être remises en cause que du consentement unanime des participants, ou y aura-t-il, pendant la vie sociale, des moments où la convention pourra être, soit suspendue, soit au contraire poursuivie hors de ses limites primitives en tenant compte, non plus des volontés individuelles des parties qui ont constitué l'être moral, mais aussi de la faiblesse ou de la force acquise par ce dernier comme résultat de ses activités ? Pour apprécier la mobilité du contrat de société, il nous faut examiner ce qui s'établit au moment de sa conclusion, comment on peut en venir à s'écarter de ses données initiales, ce qui a lieu lors de sa dissolution, les motifs et les possibilités de sa prorogation, tâcher en un mot de pénétrer et de sonder la vie de la société au cours des trois phases qu'elle peut traverser : sa naissance, son évolution, sa disparition.

SECTION I

LA CRÉATION DE LA SOCIÉTÉ ET SON ÉVOLUTION

5. — Quelle que soit sa forme, la société est tout d'abord un contrat (1832 civ.) pour la passation duquel le consentement de toutes les parties est indispensable.

Dans les sociétés de personnes, en nom collectif ou en commandite simple, et les sociétés à responsabilité limitée, où « *l'intuitus personæ* » joue un rôle prépondérant, la volonté des associés ne s'exprime qu'à un stade unique : la société est constituée dès que ses membres futurs se sont mis d'accord sur les règles qui gouverneront leurs rapports et qu'ils auront mis en commun les biens dont ils espèrent que l'exploitation leur rapportera un bénéfice.

6. — Dans les sociétés par actions, il y a une série de contrats successivement déduits les uns des autres jusqu'au terme de la formation définitive de la société (Hémard, n° 390), à savoir :

— Un contrat de nature variable, entre les fondateurs.

— Un contrat d'adhésion, liant les fondateurs et les souscripteurs.

Et un contrat collectif, groupant les souscripteurs qui doivent devenir des associés.

7. — Mais que la volonté des associés s'exprime en une seule ou plusieurs étapes, il n'est pas douteux qu'à l'origine et dans tous les cas elle doive être unanime.

Comme contrat, la société a besoin d'un objet certain, ou tout au moins déterminable (1108 et 1129 civ.) qui sera son domaine d'exploitation, et partant, semble-t-il, d'une durée précise, dont un arrêt de la cour de Lyon (24.6.70, S., 71.11.70) faisait une condition essentielle de validité, par suite de sa liaison avec l'objet, car « à défaut de cette détermination, il serait impossible de dire quel est précisément cet objet, quelle est l'étendue du dommage que l'inexécution causerait et de la réparation qui en serait due ».

Mais ce contrat, application initiale du principe de l'autonomie de la volonté des parties, fonctionne en réalité de telle manière qu'il s'éloigne presque aussitôt de sa source pour aboutir à des résultats que le différencient essentiellement de toute autre convention.

Sous-Section I. — La dualité juridique établie et ses conséquences patrimoniales

8. — Dans tous les cas, le contrat de société conduit à une dualité juridique issue de la création d'une personne morale détenteur d'un patrimoine autonome constitué par la totalité des apports mis en commun des associés et qui deviendra le gage des créanciers sociaux. Cette personne s'exprimera désormais par les organismes directeurs qui l'incarnent et s'éloignent plus ou moins de l'individualité des associés suivant la forme choisie.

9. — Cette personne commerçante se trouvera, vis-à-vis des tiers, être responsable sur l'ensemble de ses biens, comme tout commerçant, titulaire de droits, d'obligations et d'intérêts maintenant distincts de ceux de chacun de ses membres (Req., 23.2.91, D. P., 1891.1. 337).

La séparation d'intérêts et de responsabilité des associés d'avec la société aura lieu à un degré variable, selon la nature du pacte considéré.

§ 1. — *La dualité dans les sociétés en nom*

10. — Dans les sociétés en nom collectif, dont le fonctionnement est le plus simple et dont on a longtemps estimé qu'elles représentaient le droit commun du contrat social, chacun des associés est à tout moment considéré comme incarnant la personne morale toute entière, responsable en même temps qu'elle sur la totalité de ses biens, la faillite de la société entraînant celle de l'associé (l'une ne peut avoir lieu sans l'autre) et la faillite personnelle de ce dernier, sa déconfiture, sa mort ou sa renonciation amenant, sauf stipulations contraires, la disparition de la société. (1865 civ.).

11. — A cette responsabilité indéfinie correspond la plus large liberté de régler le mode d'administration : la nomination d'un gérant n'est même pas, théoriquement, obligatoire (1857 et 1859 civ.). A son défaut, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration ; il n'en va autrement que pour les actes de disposition, ou lorsqu'il s'agit d'apporter une modification aux conventions sociales, cas auxquels la personne morale doit en quelque sorte se concentrer à nouveau sur elle-même, redevenant obligatoirement une expression de la volonté unanime de ses membres, pour prendre les décisions principales. Mais tous les cas, le contact entre la société et les associés reste permanent, et il n'y a pas de perte de contrôle des individus sur la personne morale.

12. — Il y a ici lien très étroit, mais tout de même dualité, surtout au point de vue patrimonial, car les créanciers sociaux seront payés par préférence aux créanciers personnels sur l'actif social, et les créanciers personnels d'un associé en déconfiture pourront peut-être demander la liquidation et le partage de la société par la voie oblique, mais il ne peuvent la mettre en faillite de ce fait, car ils n'ont de droit sur ses biens que dans la limite de l'apport effectué par leur débiteur. Ils perdent même la faculté de provoquer la dissolution de la société si les autres associés décident d'un commun accord de la continuation après rachat de la part du membre défaillant, ou si une clause expresse des statuts en prévoit la possibilité (Req., 7.12.1858, D. P., 1859.1.85 ; Req., 10.3.1885, D. P., 85.1.441).

§ 2. — *La dualité dans les S. A. R. L. et les sociétés par actions*

13. — Si, dans les sociétés de personnes, l'on peut dire avec Hémard (n° 387) que le seul accord des volontés « fait surgir aussi le patrimoine social et l'engage vis-à-vis des tiers », le contrat et la personne étant créés par une même opération juridique, la dualité s'accentue, la personne morale se détache plus nettement dans

les cas où elle est seule à répondre de ses engagements sur le capital qui lui a été attribué. Etant l'unique responsable, elle doit s'affirmer d'une manière plus formelle en face des tiers qui viendront à traiter avec elle, car ils n'auront, dans tous les cas d'autres recours contre les associés que sur les fractions de capital non libérées et encore dues. Il y a lieu également d'assurer la protection des associés eux-mêmes, dont la responsabilité est sans doute limitée à leur apport, mais qui risqueraient d'être trompés sur l'état financier de la société si celui-ci n'était pas vérifié régulièrement. Ces divers impératifs se traduisent par la soumission à des règles de constitution et de publicité plus strictes, par la création obligatoire d'organismes de contrôle et de direction distincts.

C'est ainsi que, dans les sociétés à responsabilité limitée, l'autonomie n'est obtenue qu'après que toutes les parts ont été réparties entre les associés et libérées intégralement (art. 7, loi 1925).

14. — Pour les sociétés anonymes, la personnalité est acquise au moment de la constitution définitive, après la souscription intégrale du capital et l'accomplissement d'une longue série de formalités légales, les unes concernant la vérification de la réalité des apports, les autres l'institution des cadres de gestion. Ici, cette personnalité atteint le degré maximum d'autonomie, car elle est indépendante de celles des associés, ceux-ci étant interchangeables du fait de la négociabilité des actions et susceptibles de varier à tout moment, soit dans leur nombre, soit dans leur individualité. Sans doute cette liberté absolue peut-elle être limitée en une certaine mesure par des clauses statutaires particulières, mais elle ne saurait jamais aboutir au maintien d'un actionnaire contre son gré dans le corps social, fluctuant par nature.

15. — Thaller (*Tr. dr. com.*, 8e éd., n° 681-688 ; Note D., 1893.1. 107) reconnaissait déjà à propos de ce type de sociétés l'établissement d'une dualité, non seulement vis-à-vis des tiers, mais aussi vis-à-vis des associés : « Ces sociétés n'ont pas seulement vis-à-vis des tiers une personnalité externe, mais aussi, dans leurs rapports avec les actionnaires, une personnalité interne, dont l'assemblée générale est l'organe et l'expression. C'est de leur réunion que naît un être nouveau, doué d'une existence corporative qui se superpose en quelque sorte à eux et qui, ayant la faculté d'évoluer et de se mouvoir, peut librement perfectionner son organisme et en modifier le fonctionnement ; l'assemblée générale forme, au regard des actionnaires l' « âme même de la personne morale » réglant les intérêts de la collectivité ».

En toute hypothèse, et dès son origine, la société est donc à la fois un contrat et une personne, soumise pour sa formation et son existence à des conditions spéciales.

Sous-Section II. — La notion d'objet social et les conséquences de la dualité sur son extension

16. — L'objet d'une société commerciale se révèle aussi différent, dans sa nature et sa fonction, de celui des autres conventions de droit privé pour lesquelles il est d'exécuter une ou plusieurs opérations juridiques déterminées se traduisant toujours, en définitive, par un échange de prestations ou de valeurs matérielles ou morales, estimées équivalentes, entre des parties qui ont une conception bien définie de ce qu'elles représentent. Le contrat civil habituel est obligatoirement limité dans le temps et dans ses conséquences, puisqu'il doit aboutir à un nouvel équilibre entre des valeurs préexistantes par des voies dont les aspects principaux sont précis dans la volonté des contractants et dont ils sont les seuls maîtres. Il n'a d'effet, qu'entre ces derniers, ne nuit ni ne profite aux tiers, sauf dans le cas de la stipulation pour autrui (1165 civ.). Même en reconnaissant que ce principe de la relativité comporte, en pratique, de très larges exceptions, le contrat ordinaire évolue en cercle fermé, alors même que la date de son expiration n'est pas connue, comme par exemple celle du contrat de rente viagère ou de celui de louage de services à durée indéterminée, car cette date viendra inéluctablement, et à tout moment l'objet peut être réalisé, le contrat accompli pour une cause liée à la personne des parties en présence. Il demeure ici par essence restreint, quelles que soient l'importance des prestations fournies et la durée sur laquelle elles s'étendent, car les contours de la fin poursuivie sont fixés d'avance.

17. — En matière de société commerciale, le mot « objet » n'a pas la même portée ; il n'est plus fonction des opérations juridiques que les contractants peuvent faire entre eux à partir de biens ou de pouvoirs dont ils disposaient déjà, mais il correspond au point de départ concret d'une activité en elle-même encore extérieure à leur patrimoine, mais qui devra servir à accroître ce dernier. Par « objet social », il faut entendre l'activité de la personne morale, les opérations où elle va chercher la source des bénéfices escomptés, et sous cette définition, l'objet n'est que très rarement intrinsèquement limité dans le cas du contrat de société commerciale, sauf lorsque ce contrat est conclu en vue de l'exploitation d'un bien déterminé, par nature épuisable, comme une mine ou une carrière, ou pour une succession d'opérations devant conduire à un résultat donné. La société prendra alors normalement fin par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation (1865 civ.).

18. — Cependant, cette forme « *intuitus rei* » demeure exceptionnelle en matière commerciale. A l'origine, l'activité, c'est-à-

dire l'objet de la société doit être évidemment précisé, et ceci à deux points de vue :

1° A l'égard de la loi, il doit être indiqué dans les statuts, afin que l'on vérifie tout d'abord s'il est licite : licite en soi, c'est-à-dire non en contravention avec l'ordre public et les bonnes mœurs. Et licite *stricto sensu* par rapport au type de société que l'on se propose de constituer ; il y a des activités interdites à certaines sociétés de par leur nature. Il en est d'autres qui ne peuvent être exercées que par des formes de sociétés déterminées. La loi de 1925 (art. 2) défend ainsi aux sociétés d'assurances, de capitalisation et d'épargne d'adopter la forme à responsabilité limitée. Les sociétés entre mandataires des halles ou entre agents de change sont obligatoirement en nom collectif.

2° Dans l'ordre pratique, il est non moins indispensable de préciser l'objet pour que l'on puisse fixer les bases essentielles du fonctionnement de la société et avoir une représentation au moins approximative des profits et bénéfices qu'il y a lieu d'en espérer : le contrat ne peut se former que si le consentement des parties porte sur un objet ayant un degré suffisant de précision pour fournir une matière utile au consentement (Ripert, *Tr. élém. dr. com.*, 2e éd., n° 642).

19. — Mais la définition civile de l'article 1832 civ. qui met en relief l'idée d'un « bénéfice » n'exprime pas de quelle manière celui-ci sera réalisé et ne l'enferme pas dans des limites. Or, le but du commerce, à partir d'un objet donné, est d'obtenir le maximum de gains. Toute entreprise désire accroître sa richesse. Pour ce faire, elle se trouve souvent amenée, au cours de son évolution, à étendre son objet initial justement afin de s'assurer de nouvelles sources de profits, et dans cette voie, le commerçant, individu totalement responsable et indépendant, aura à tout moment pleine liberté d'action.

20. — Si l'on pouvait assimiler entièrement la société personne morale à une personne physique, elle aurait aussi la même liberté. Mais il ne peut en être exactement ainsi, car elle reste le produit d'une somme de volontés et d'intérêts individuels capables de la freiner dans son extension et sa prolongation indéfinies... Toutefois, du fait même de l'existence de cette personne morale commerçante désireuse de s'enrichir et qui englobe ses membres dans son impulsion propre, le contrat n'évolue plus en cercle fermé. Il s'impose comme dynamique, générateur de richesses.

Quelle influence la nature de la personne morale formée par rapport aux associés va-t-elle avoir sur les possibilités de l'extension de son objet, dès le début et par la suite ? On peut, en vérité, parler d'un jeu d'influences réciproques...

21. — A l'échelle de la société de personnes, et même de la société à responsabilité limitée, où la dualité patrimoniale est déjà plus accentuée, ces possibilités demeurent relativement restreintes. L'objet peut rester longtemps inchangé, et cela tient aux raisons qui ont conduit les associés à s'attacher à sa réalisation, ou plus exactement à sa poursuite. Il a été souvent choisi en considération de sa nature propre et des capacités spéciales d'un ou plusieurs associés à exercer une activité déterminée, ou des branches complémentaires de cette activité. Tous concourent à la même œuvre en pleine connaissance de cause. Si les résultats obtenus sont encourageants, le volume des affaires peut augmenter, mais elles restent cantonnées dans un certain domaine ; la personne morale constituée prenant de la vigueur tendra à s'adjoindre des branches annexes, mais en nombre assez limité et toujours en relation étroite avec l'objet initial, car elle sera rapidement arrêtée par des obstacles d'ordre administratif ou financier. Si elle veut vraiment se développer, il faut qu'elle accroisse son personnel et fasse appel à de nouveaux capitaux, et elle est conduite à changer de forme en se transformant en société par actions. Ce cas est d'ailleurs extrêmement fréquent : beaucoup de sociétés anonymes sont issues de sociétés qui furent à l'origine en nom ou à responsabilité limitée et se sont étendues.

22. — Dans les sociétés par actions, l'objet envisagé est donc en général, plus vaste dès la formation, soit qu'elles apparaissent comme la conséquence de l'ascension de sociétés antérieures moins importantes, soit qu'elles aient été créées d'emblée pour exploiter un domaine qui offre de larges possibilités d'extension et qui fut choisi le plus souvent, non pas en considération de sa nature telle qu'elle se présente actuellement, mais avant tout des perspectives de développement qu'il laisse espérer ; autrement dit, les fondateurs sont déjà tournés vers l'avenir plus que sur le présent, et l'on admet à l'avance que l'objet s'étendra.

23. — Celui-ci pour les actionnaires, n'a plus même signification que dans les sociétés de personnes. Ces associés ne participent pas activement à sa création : ils ne font qu'y adhérer en apportant leur appui financier, et ils en attendent avant tout un profit assuré. Au lieu de le déterminer eux-mêmes et de suivre son évolution en permanence, ils en laissent en somme le soin à la personne morale, dont la première manifestation s'incarne dans l'initiative commune de ses promoteurs.

24. — Enfermer l'objet dans une définition statutaire trop étroite serait donc aller contre l'esprit qui anime l'entreprise, les pouvoirs et la confiance donnés implicitement aux fondateurs ; en outre, une telle définition serait peu compatible avec le fonctionnement de ce type de société. Toute modification tendant à la sortir de ses limites impliquerait la réunion et l'assentiment d'assem-

blées extraordinaires pour lesquelles il est souvent difficile d'obtenir le quorum exigé par la loi. Aussi la pratique s'est-elle orientée nettement, surtout depuis une vingtaine d'années, vers une définition statutaire de plus en plus large. Certains auteurs (Cordonnier, Dalloz 1952, *Doctrine*, p. 171) opinent pour une extension si importante de la notion qu'ils estiment même que seuls des motifs d'ordre moral (risque d'être trompé, d'escroquerie possible à éviter) plus que juridique justifient la prohibition du choix d'un objet illimité, tel que « toute activité quelconque, en tous pays, susceptible de procurer un bénéfice ».

25. — Sans admettre ce point de vue extrême, et précisément pour les raisons juridiques et les motifs ayant leur source dans la logique du contrat, que nous exposions ci-dessus, il est certain que la facilité d'étendre l'objet va donner la plus grande liberté d'action à la société. Et au fur et à mesure que l'importance de l'*intuitus personæ* des associés individuellement considérés s'efface devant celle de la personne morale, cette dernière voudra s'enrichir pour elle-même, et parfois aux dépens des intérêts — conçus dans l'immédiat — de ses membres : elle incorporera dans son capital social les réserves accumulées ; elle diminuera les dividendes annuels des actionnaires pour en former de nouvelles et s'agrandir par le procédé de l'auto-financement.

Sous-Section III. — L'influence combinée de l'extension de l'objet et de la dualité juridique sur la durée de la société

26. — La signification juridique de l'objet, ses limites, et par suite la durée de l'entreprise, dans la mesure où elle est fonction de la continuation d'une œuvre dont les perspectives se sont éloignées de celles primitivement fixées, ne correspondent plus à des notions immuables, mais deviennent au contraire instables, mouvantes.

27. — C'est dans les sociétés par actions que cette tendance atteindra son maximum d'intensité. A leur propos, on peut dire que, dans l'esprit des actionnaires, l'objet en arrive à disparaître pratiquement devant le but. Pour les sociétés de personnes, ou même la société à responsabilité limitée, il est encore possible de concevoir que la nature des activités exercées, les êtres qui sont en contact les uns avec les autres, aient une valeur prépondérante dans la vie de l'organisme institué, alors que la société anonyme est avant tout un capital, dont le but est de s'augmenter par tous les moyens dont il peut licitement disposer.

28. — Mais pour étendre son objet ou atteindre son but, la personne morale a besoin de crédit. Elle est amenée, en tant que telle,

à contracter des obligations. La liberté plus grande acquise à l'égard des associés se trouve diminuée en face des tiers. Elle passe des contrats dont l'exécution peut demander un temps assez long, fait des emprunts dont le remboursement doit s'effectuer à une date éloignée ou se répartir sur un certain nombre d'années, 10, 20 ans ou plus comme les obligations, toutes conventions établies en son nom propre, celui d'une personne distincte de celles des associés, et par l'intermédiaire d'organismes directeurs. Certes, la société sera toujours contrôlée, en principe par ses membres, mais la portée des engagements pris échappera plus ou moins à la volonté des individus, et dans les sociétés par actions, ils ne pourront en suivre pas à pas les conséquences. En outre, l'existence d'une entreprise ne met pas seulement en jeu les intérêts des créanciers, d'associés, et d'une personne morale. Une société commerciale est, sur son plan, un maillon d'une chaîne économique, et son activité engage la vie de ceux qu'elle emploie comme salariés. Sous cet angle, sa disparition ou sa continuation peut avoir des effets considérables, désastreux ou bénéfiques pour la collectivité.

29. — Dans ces conditions, dans quelle mesure convient-il encore, à un certain degré de son affirmation, de reconnaître aux associés de toucher à la vie même de la société, de la dissoudre prématurément, ou de la prolonger au-delà de son terme normal ? La réponse est toujours la même : tout dépend de l'autonomie de l'être moral constitué à l'égard de ses membres et de son degré de faiblesse ou de force déterminé par le cours de la vie sociale. Il y a lieu, vis-à-vis des associés, de tenir compte du caractère contractuel initial du lien qui les unissait, vis-à-vis de la société, de son identité juridique, et enfin de la vitalité de cette dernière. A l'origine, l'on se trouvait en présence de deux données certaines ayant leur principe dans la volonté des parties ; la troisième qui va intervenir sera une variable devenue progressivement indépendante de la volonté formatrice et qui se manifeste précisément par l'affirmation de l'objet et son extension.

30. — Si la société fonctionne jusqu'à son terme, sans suspension et sans prorogation, le caractère contractuel doit l'emporter de plein droit. Aucune question n'a été posée. Le contrat est dissous automatiquement à la date prévue dans les statuts, et il ne reste plus qu'à procéder à la liquidation et au partage, tout en achevant, bien entendu, les opérations précédemment commencées. Les tiers et les associés ont été prévenus par la publicité faite à cet effet. Ayant su dans quel cadre ils allaient pouvoir traiter et quelles en étaient les limites, ils ne peuvent s'y opposer, sauf à introduire une action éventuelle en responsabilité ou en résolution contre les dirigeants s'il est prouvé que les engagements pris impliquaient une prolongation de la durée de la société pour être exécutés convenablement.

31. — Mais le problème change d'aspect en cas de dissolution anticipée ou de prorogation, parce que l'on doit alors faire subir une modification au contrat originaire. Ce dernier n'est plus, en réalité, la cause déterminante de la décision à prendre. En face de lui se dresse une personne morale encore vivante et capable, à ce titre, de prendre position à l'égard de sa disparition ou de sa survie, d'autant plus aisément que, dès le départ, la nature de la dualité juridique établie lui aura permis de s'exprimer elle-même. L'œuvre de l'ordonnance 59-73 fut justement de faciliter cette prise de position de l'être social sur la question de sa survie éventuelle, en le libérant de certaines entraves qui pouvaient l'empêcher de la déclarer, en le soustrayant aux négligences qui auraient eu pour résultat de ne pas lui donner la parole en temps utile et par suite de le condamner. C'est pourquoi nous avons dit au commencement qu'elle renforçait l'autonomie de la personne morale.

32. — Pour comprendre le caractère particulier de la prorogation, il nous faut la rapprocher de l'opération inverse : la dissolution anticipée, car c'est d'abord pour celle-ci que furent édictées des mesures impératives présentant, dans certains cas, un parallélisme avec celles de l'ordonnance.

SECTION II

LA DISSOLUTION ANTICIPÉE

33. — Une remarque s'impose en premier lieu : le législateur l'a rendue immédiatement plus facile que la prorogation. Cela est explicable, car les circonstances peuvent la rendre souhaitable, et même indispensable, lorsque la société n'est plus en état de fonctionner normalement, quand il y a intérêt à interrompre le cours d'activités qui risqueraient de conduire à un désastre. La question ne se pose guère que pour la société arrivée à une phase critique de son existence, soit à la suite de mauvaises affaires, soit en raison d'une mésentente grave entre associés, qui rompt l'unité de sa direction, situations d'où résulte un affaiblissement de l'être moral. Dans des cas semblables, l'intervention de faits nuisibles à la poursuite du contrat initial peut influer sur ce dernier de façon à en provoquer la rupture. Et encore cette influence s'exerce-t-elle différemment selon l'étroitesse du lien qui unit les associés à la personne morale.

Sous-Section I. — Les causes possibles de dissolution et leur influence d'après la durée prévue dans les différents types de société

34. — 1° Les sociétés de personnes sont, en principe, susceptibles d'être dissoutes par la volonté unilatérale d'un de leurs membres (1865 civ.), car chacun d'eux est en même temps une incarnation de l'être social, qui repose tout entier sur sa tête quant aux responsabilités éventuellement encourues. La rupture du lien contractuel pour une cause liée à la personne d'un des associés y est rendue plus facile en raison de cette responsabilité indéfinie. Il suffira donc qu'un seul de ceux-ci exprime son désir de se retirer. Mais, à cette occasion, entre en jeu la durée pour laquelle la société a été conclue :

35. — *a*) Sans limitation de durée, il suffit d'une renonciation notifiée aux autres associés, car c'est un principe du droit qu'il n'y ait point d'engagement perpétuel. Mais même dans ce cas, l'existence de la société est encore protégée autant que possible : il faut que cette renonciation ne soit pas faite à contre-temps, à un moment où il importe à la société que sa dissolution soit différée, ou de mauvaise foi, c'est-à-dire dans un intérêt personnel contraire à l'intérêt social (Req., 2 mai 1946, D., 1946, *J. Soc.*, 1946.230); le problème est différent aussi selon que les statuts font dépendre ou non le sort de la société de la présence d'un de ses membres. Le droit commun fait de la présence et de la capacité de tous les associés une condition nécessaire du maintien du contrat ; mais il peut en être stipulé autrement : alors la société subsistera, malgré le retrait de l'associé renonçant ou défaillant (Dijon, 2.12.1909, Trib. civ. Rouen, 28.7.1913, D. P., 1914.2.89).

b) Si la durée a été limitée, la dissolution avant terme ne peut être demandée qu'autant qu'il y a de justes motifs, laissés à l'appréciation du Tribunal (1871 civ.).

36. — 2° Pour les sociétés à responsabilité limitée, les possibilités de dissolution anticipée sont restreintes quant aux motifs intéressant les personnes des associés. Alors que les sociétés de personnes, sauf stipulations contraires, sont dissoutes par la mort, l'interdiction, la déconfiture d'un associé, la règle de l'article 36 de la loi du 7 mars 1925 pose le principe inverse.

37. — 3° Et dans les sociétés anonymes, la dissolution due au départ d'un actionnaire ne se conçoit pas ; la plupart du temps, la société est dissoute à la suite d'une perte importante de son actif ou quelquefois à cause de la disparition ou du marasme du secteur d'activité auquel elle s'est attachée.

Sous-Section II. — Les rapports et les différences entre les règles de l'ordonnance 59-73 et celles prévoyant la dissolution anticipée pour perte des trois-quarts du capital social

38. — La faiblesse possible de l'être moral, dans les sociétés par actions comme dans les sociétés à responsabilité limitée (art. 37 de la loi de 1867 et 36 de celle de 1925, Décr. L., 14.6.1938) a conduit le législateur, *bien avant l'ordonnance 59-73,* à imposer une règle obligatoire de consultation de la société, règle dont les termes présentent un parallélisme avec ceux du texte prescrivant la réunion de l'assemblée chargée de se prononcer sur la prorogation :

« En cas de perte des trois-quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires, à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société ; à défaut par les administrateurs de réunir l'assemblée générale (ou de consulter les associés, dans les S. A. R. L.) tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux ».

39. — Nous voyons ici une analogie dans la forme avec ce qui devait être édicté dans l'article premier de l'ordonnance du 7 janvier 1959. Il est intéressant de remarquer certaines ressemblances :

1° Dans les deux cas, la convocation d'une assemblée extraordinaire s'impose aux administrateurs ou gérants.

2° En cas de négligence de leur part, la justice peut intervenir.

3° Pas plus que la prorogation, la dissolution n'est obligatoirement prononcée par l'assemblée. Dans les travaux préparatoires de la loi de 1867, celle-ci était prévue comme devant s'imposer dans une telle hypothèse, soit par délibération de l'assemblée, soit par décision judiciaire ; la commission du corps législatif rendit la dissolution facultative.

40. — Mais il ne faut pas perdre de vue les différences profondes qui séparent ces deux opérations :

1° La décision de dissolution, pour échapper à toute contestation possible devant les tribunaux, doit être prise à la majorité des deux tiers des associés présents ou représentés et constitue bien une modification statutaire, mais celle de continuation, dont la possibilité demeure, n'en est pas une au regard de la doctrine la plus moderne (Dalsace, *Gaz. Pal.,* 1947.11. *Doctrine,* page 3, Trib. com. Seine, 19.11.1956, D., 1957.206).

2° Seuls les associés sont compétents pour obtenir en justice la réunion de l'assemblée, alors que, si la question de la disso-

lution se pose, tout intéressé peut la poursuivre. Et il exerce même une action positive dans ce sens, directement, sans soumettre sa demande à une assemblée qu'il ne saurait faire convoquer.

3° Et surtout, ce cas de dissolution anticipée est une conséquence de la faiblesse de l'être moral, qui a décliné depuis sa création, tandis que sa prorogation apparaît au contraire comme une manifestation de sa force et de sa vitalité.

SECTION III

LA PROROGATION

41. — Jusqu'à l'ordonnance 59-73, il fut beaucoup plus difficile de lui assigner une réglementation précise. La dissolution avant terme suspend le contrat et, en ce sens, elle correspond bien à une modification de la convention initiale, mais comme nous l'avons vu, les faits peuvent la rendre désirable, et désirable pour tout le monde : quand la société est faible, à condition toutefois qu'il n'y ait pas d'espoir de redressement, elle a intérêt à finir pour le moins dignement, plutôt que de s'exposer à une disparition infâmante... et l'avantage des associés est de renoncer à une entreprise dont la poursuite serait en contradiction avec le but de l'institution, qui est d'en retirer un profit. A un certain degré de décadence de l'être social, il n'y a plus opposition d'intérêts concevable entre la société et ses membres : la situation commande la dissolution. La prorogation, quelques soient les facteurs qui peuvent militer pour une prise de position en sa faveur, n'est jamais susceptible de revêtir le même caractère impératif. Elle suppose un pacte nouveau entre des associés restés totalement maîtres de leur possibilité de s'enrichir dans le cadre qu'ils ont créé ou auquel ils ont adhéré. Mais ils ne sont plus les seuls maîtres de ce cadre ni les seules parties au contrat, dans la mesure où se dresse en face d'eux un être moral devenu, en général, puissant, toujours constitué par une certaine somme de volontés et d'intérêts particuliers, mais dont les rapports ou proportions sont maintenant différents de ce qu'ils étaient à l'origine. Si une société a atteint le terme fixé pour sa durée, elle a prospéré, la plupart du temps, ou tout au moins le déroulement de ses activités a été suffisamment satisfaisant pour lui donner des raisons d'espérer en un avenir fécond. Et cet espoir constitue un des éléments de sa force, celui-là même qui l'entraîne à continuer, encore plus parfois que la réalité de son actif.

42. — La pratique boursière nous offre une illustration permanente de cette constatation : lorsque l'on compare la cote de certains titres aux dividendes très faibles qu'ils produisent, no-

tamment dans d'importantes sociétés de l'industrie chimique, on peut se demander où se situe exactement la raison de la faveur rencontrée par de tels placements dans le public, qui le poussent à investir dans semblables affaires des capitaux ne rapportant qu'un intérêt minime : est-elle dans la virtualité d'une dissolution et des résultats avantageux qu'elle donnerait, ou a-t-elle sa source dans l'attraction exercée par la perspective d'une extension encore plus grande qui, elle, implique une prolongation de la durée ? En vérité, il est très difficile de le dire, parce qu'en définitive, le « ressort » de l'être moral, sa vie indépendante jaillissent en quelque sorte d'une tension existante entre ces deux pôles, dont l'espérance représenterait l'élément positif... En tant que personne morale, la société aura intérêt à maintenir cette tension créatrice de sa vie, c'est-à-dire à obéir à l'impulsion dynamique qui veut la poursuivre.

43. — Mais par ailleurs, s'il y a justement un actif important, les associés individuellement considérés peuvent avoir intérêt, au contraire, à partager ses biens, et d'autant plus les opérations déjà réalisées auraient été fructueuses. Il y a, en somme, un conflit entre des intérêts immédiats et des intérêts futurs, entre une réalité présente et une espérance, une personne et des individus. Qui va l'emporter ? Les tiers ne peuvent poursuivre la dissolution d'une société légalement constituée, existante et prospère même dans le cas où ils y auraient avantage. D'ailleurs, ce dernier ne saurait guère alors reposer sur un intérêt licite : une entreprise voudrait, par exemple, éliminer un concurrent gênant... Mais les associés ont le droit de se prévaloir des clauses du contrat social dans les hypothèses où elles leur seraient favorables. Il s'agit seulement de savoir dans quelle mesure ils ont conservé la faculté de l'invoquer tel qu'il fut conclu. La facilité d'obtenir ou de repousser la prorogation dépendra de la souplesse du lien qui unit la personne morale à ses membres, des possibilités plus ou moins étendues de lui apporter des modifications pendant l'existence de la société d'après le type constitutif adopté lors de sa formation.

Sous-Section I. — La prorogation des sociétés de personnes et sa nature

44. — Sauf stipulation contraire des statuts, la prorogation doit y être décidée à l'unanimité (Hamel et Lagarde, n° 474 ; Houpin et Bosvieux, n° 205, 7e éd. ; Lyon-Caen et Renault, 4e éd., II, n° 301 ; Ripert, n° 689). La personnalité morale a peu d'autonomie devant des associés qui la contrôlent strictement et orientent sa destinée à chaque instant. Sa prorogation peut être prévue comme devant être soumise obligatoirement à une loi majoritaire, mais, sans stipulation expresse, elle requiert le consentement de tous les asso-

ciés, comme la constitution. Leur volonté demeure toute puissante, parce qu'elle a suffi, à un stade unique d'expression, à créer la Personne qui fait continuellement bloc avec eux, et il doit en être ainsi, sauf renonciation acceptée dans le pacte de formation, parce que la prorogation signifie l'accroissement de la durée d'une responsabilité indéfinie. C'est pourquoi la considération de la durée de l'engagement a toujours été, ici, une des causes déterminantes du consentement, qu'elle fut choisie volontairement limitée ou illimitée dans le temps, ou limitée à la réalisation d'un objet précis, ou acceptée par les associés qui ne travaillent pas eux-mêmes matériellement dans l'entreprise, mais lui apportent l'appui éventuel de la totalité de leurs biens.

Dans ce genre de contrat, il n'est donc pas douteux que la durée apparaîtra comme une de ses bases essentielles. Et cependant, même si sa prolongation devait être décidée à l'unanimité, elle n'entraînerait pas la création d'un être moral nouveau, parce que celui-ci n'a jamais cessé d'avoir comme support la volonté des associés. Il suffit que cette dernière persiste pour assurer la continuation de la même société.

Sous-Section II. — La nature de la prorogation dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée et les questions qu'elle soulève

45. — Mais le problème se complique au fur et à mesure que la dualité associés-personne morale s'accentue. Pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, dont le fonctionnement est soumis par la loi à des règles majoritaires, deux questions se sont posées jusqu'à l'ordonnance du 7 janvier 1959 :

46. — 1° *La prorogation pouvait-elle être décidée à la majorité des associés* sans la stipulation d'une clause spéciale du contrat originaire ?

Chronologiquement, cette question a d'abord été soulevée à propos des sociétés anonymes ; l'article 31 ancien de la loi de 1867 semblait répondre implicitement par l'affirmative :

« Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts, ou sur des propositions de continuation de la société au-delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital ».

47. — Ce texte paraît distinguer les modifications statutaires proprement dites, qui intéressent le fonctionnement interne ou externe de la personne morale, des décisions mettant en cause son existence, tout en les faisant dépendre de la même réglemen-

tation. Sa forme assez équivoque conduit à s'interroger sur la nature juridique de la durée de la société : base essentielle du pacte social, ou simple clause statutaire, ou nature « *sui generis* » ?

48. — L'article premier de l'ordonnance 59-73, qui édicte que la prorogation doit être décidée dans les conditions requises pour une modification aux statuts, est l'aboutissement d'une longue série de travaux, lesquels ont d'abord rendu possibles toutes modifications statutaires, puis ont donné à la prorogation le caractère d'une simple modification de cette nature. Sa genèse est intimement liée à l'histoire de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1867, modifiée par les lois de 1913, 1930, 1953 et l'ordonnance 59-123 du 7 janvier 1959.

49. — Dans sa rédaction de 1867, l'article 31 prévoit bien la possibilité de décider la prorogation à la majorité, mais il n'en dégage pas le caractère de modification statutaire. Il ne pose même pas le principe que l'assemblée générale aura *ipso facto* un pouvoir quelconque de modification. Nous avons un texte « non de faveur mais de précaution » (Thaller et Percerou, 8e éd., 1931-688) : il suppose que, dès l'origine, les statuts ont stipulé pour la majorité un droit de modification et il se contente d'en régler le mode d'exercice en exigeant un quorum minimum.

Mais les associés ont encore en mains la personne morale tout au long de son existence, ils peuvent lui conférer une certaine autonomie ; mais aussi, dès sa naissance, poser librement des limites à son essor, ainsi que le reconnut l'arrêt de la cour de cassation du 16 juillet 1901 (S., 1902.1.257) :

« Attendu que... si les assemblées générales extraordinaires des sociétés par actions ont le pouvoir d'en modifier les statuts dans celles de leurs dispositions qui ne sont pas de l'essence même des dites sociétés, c'est seulement à défaut d'une clause contraire du pacte social, duquel il dépend d'interdire tout changement au régime statutaire primitivement adopté, ou d'y mettre telles conditions que peut réclamer la sécurité des intéressés ».

50. — Sous cette forme, l'article 31 laissait la porte ouverte à toutes les controverses en doctrine et en jurisprudence, quant à la dissolution anticipée et surtout la prorogation. Certains arrêts (Paris, 20.5.1869, D., 1870.2.12 ; Req., 29.4.1897, S., 1899.1.481) considèrent que la durée étant une clause fondamentale des statuts, elle ne peut être, ni prolongée, ni abrégée par l'assemblée, sauf dans le cas spécial de l'article 37 de la loi de 1867 (perte des trois-quarts du capital).

51. — Pour Lyon-Caen et Renault (4e éd., tome II, 867), l'assemblée a le pouvoir d'abréger la durée en prononçant la dissolution anticipée : il est naturel que les actionnaires considèrent la durée fixée comme un maximum et prévoient que la dissolution pourra

avoir lieu avant qu'elle soit expirée. Mais l'assemblée n'a pas le pouvoir de proroger, car « le pouvoir de prolonger la société conduit à retenir dans les liens sociaux les associés qui, selon toute vraisemblance, n'ont entendu y rester que pendant le temps fixé par les statuts ».

52. — Cependant d'autres arrêts (Paris, 24.6.1884, *J. Soc.*, 1885, page 719 ; Orléans, 8.1.1901, D., 1903.2.101 ;Req., 29.10.1902, D., 1904.1.52) reconnaissaient déjà, dans le silence des statuts, à l'assemblée générale constituée conformément à l'article 31 le double pouvoir d'abréger ou de prolonger la société.

53. — La loi du 16 novembre 1903 permettant la création d'actions de priorité renforça la tendance de la jurisprudence à conférer aux assemblées extraordinaires une liberté de plus en plus grande à l'égard du contrat initial, lorsque ce dernier n'avait pas été expressément limité dans ses conséquences futures. Décider d'avantager certaines catégories d'actionnaires en leur attribuant des droits d'antériorité sur les bénéfices ou l'actif social correspond à un changement particulièrement grave, dont le résultat est de rompre l'égalité entre les associés, laquelle apparaît cependant comme une base essentielle du pacte.

54. — Il se dégagea de cette loi une théorie largement extensive du domaine d'application de l'article 31 (Percerou : « Des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions à effet de modifier les statuts, envisagés spécialement du point de vue de la loi du 16 novembre 1903 », *J. Soc.*, 1907, p. 49).

Désormais, il sera admis par la majorité de la doctrine que l'assemblée peut faire, sauf stipulations contraires, des modifications aux statuts, soit équivalentes à celle de la loi de 1903, soit de gravité moindre.

55. — Parallèlement, un projet de loi fut mis à l'étude remaniant la forme de l'article 31. Les mentions particulières aux propositions de dissolution anticipée et de prorogation s'y trouvaient purement et simplement supprimées, ces opérations n'étant plus distinguées des modifications statutaires proprement dites. Seules deux prohibitions étaient spécifiées : le changement de nationalité de la société et l'augmentation des engagements des actionnaires.

56. — Mais la notion de la durée de la société, ne pouvant être changée qu'en vertu de textes formels ou à l'unanimité des associés, continuait à avoir des partisans.

Vavasseur (*Rev. Soc.*, 1904, p. 431) critique le projet de loi cité, lui préférant la rédaction de 1867 car il estime que « dans le silence des statuts, le texte du nouvel article 31 conduit à un résultat diamétralement opposé à la possibilité pour l'assemblée générale de proroger la société, car la prorogation a pour conséquence d'augmenter les engagements des actionnaires... »

57. — Ce point de vue restrictif n'obtint pas l'adhésion de la doctrine ni celle de la pratique. Galasesco (*De la dissolution anticipée et de la prorogation d'une société anonyme*, thèse, Paris 1913), tout en souhaitant avec Vavasseur la réintroduction dans le futur article 31 de la phrase relative à la durée de la société pour éviter les risques d'une fausse interprétation, faisait observer que l'augmentation des engagements des actionnaires ne doit s'entendre que de l'augmentation des apports, et non de l'augmentation de l'aléa de l'entreprise pouvant résulter d'une prorogation de la durée de la société. Car ce n'est, en somme, que le risque qui est augmenté, lorsque l'assemblée vote la modification dont il s'agit...

58. — Cet argument lui-même ne nous semble pas péremptoire. S'il y avait effectivement risque nouveau et *obligatoire* pour les associés, leurs « engagements », le mot étant compris dans un sens large (qui n'est du reste pas précisé par le texte), s'en trouveraient accrus. C'est ce qui se passe dans les sociétés de personnes à propos des associés en nom, pour autant que la prorogation signifie la prolongation d'une responsabilité indéfinie dont il ne peuvent se dégager librement. Mais tel n'est pas le cas dans les sociétés par actions. D'une part, on peut objecter — et cette remarque s'appliquerait même à toute forme de sociétés — que l'aléa sera la plupart du temps moins grand lors de la prorogation qu'au moment de la constitution. Au début d'une entreprise, on ne sait pas encore clairement comment elle va évoluer : les promesses les plus séduisantes peuvent conduire à un échec. Lorsqu'on décide de la continuer, c'est en général qu'elle a fait ses preuves. On part donc de bases plus sûres. D'autre part, dans les sociétés de capitaux, les actionnaires ont continuellement la possibilité de se soustraire à l'aléa en négociant leurs titres. Mais il est logique de penser qu'ils peuvent avoir intérêt à demeurer fidèles à une même société s'étant déjà affirmée, plutôt que de lier tout ou partie de leur destinée financière à une affaire qui n'en serait qu'à son commencement.

L'article 31 nouveau (loi du 22 novembre 1913) ne tint finalement aucun compte de ces discussions et consacra la disparition des précisions concernant la prorogation et la dissolution avant terme : *sauf dispositions contraires des statuts*, l'assemblée générale peut les modifier dans toutes leurs dispositions ; elles ne peut changer la nationalité de la société ni augmenter les engagements des actionnaires ». C'est (Thaller et Percerou, n° 699) le texte qui, même dans le silence des statuts, *permet* de proroger la société.

59. — Ainsi, la prorogation en est-elle venue à « s'insinuer » dans la pratique sous l'apparence d'une modification statutaire traitée comme toute autre. N'ont pas prévalu les théories qui considéraient la durée de la société comme une base essentielle, laquelle ne saurait être changée que du consentement unanime des actionnaires, à défaut de dispositions expresses, légales ou propres à la convention.

60. — Et, en fait, à notre sens, ces théories, appliquées aux sociétés de capitaux conduiraient à anéantir le principe même de la prorogation, car l'être moral a, depuis sa création, permis à ses promoteurs de s'en écarter et de se faire remplacer par d'autres associés. Il ne repose plus, partiellement ou en totalité, sur les mêmes têtes. Le proroger ne peut donc avoir ici d'autre sens que de le continuer en raison de l'élan qu'il a déjà acquis. C'est lui permettre de poursuivre une existence conformée déjà par ses activités antérieures, au-dessus de la volonté individuelle de tel ou tel associé. La personne morale ne prend vraiment de physionomie propre, distincte, qu'après une succession d'actes sociaux. Exiger à un certain moment, pour sa vie ultérieure, l'unanimité des associés, équivaudrait à faire abstraction du passé et de sa force. Ce serait revenir aux conditions initiales de la constitution. Même si la totalité des représentants à corps social conservait la société avec toutes ses caractéristiques précédemment déterminées, l'être moral n'en aurait pas moins été détruit, ne serait-ce qu'un instant de raison, si l'on considérait qu'il dut encore être la résultante d'un bloc unitaire de volontés, bloc devenu autre de ce qu'il était à sa formation. Il n'y aurait plus de prorogation, mais disparition et résurrection immédiate. Or, la prorogation correspond à une absence de solution de continuité que la raison commande, quand on admet, à l'origine, que la société disposera d'une certaine liberté à l'égard de ses membres.

Pour les sociétés à responsabilité limitée, l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 devait conduire à des possibilités identiques : toutes les modifications statutaires sont décidées à la majorité des associés représentant les trois-quarts du capital social.

61. — En ce qui concerne le cas particulier de la commandite par actions, dont le type tend à disparaître, le problème se complique du fait du contrôle de l'être moral par deux organismes fondamentaux distincts dans leur nature et leur responsabilité. Les décisions de l'assemblée générale des actionnaires doivent recevoir l'assentiment du corps des commandités. Sinon, l'on arrive à un conflit insoluble. Mais, comme dans les sociétés de personnes simples, il peut être stipulé que la prorogation s'imposera à la majorité des associés en nom.

62. — 2° L'être moral a donc, en principe, la permission d'arrêter ou de poursuivre son existence, avant ou après le terme prévu pour cette dernière. Mais la question se pose de savoir s'il a aussi, lors de sa création, quand il forme encore un bloc indivisible avec la totalité des associés, la faculté de renoncer à l'avance à l'exercice de ce droit. Autrement dit, *la prorogation peut-elle être empêchée* dans la mesure où on la ferait dépendre dans les statuts, non plus d'une majorité d'associés, mais de l'unanimité ?

63. — Ce n'est pas douteux pour les sociétés de personnes. Pour y rendre la prorogation possible à la majorité, il faut même une

stipulation expresse. La non-prorogation, sans accord unanime, constitue le droit commun.

Mais il en va différemment dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée dès lors que l'on envisage la prorogation comme une modification statutaire.

64. — L'article 31 (loi du 22 novembre 1913) autorisait simplement, dans le silence des statuts, l'assemblée générale extraordinaire à procéder à toutes modifications. Sa rédaction, modifiée par la loi du 1er mai 1930, est plus catégorique. Les mots « sauf dispositions contraires des statuts » ont disparu du texte, et volontairement, ainsi qu'en font foi les rapports présentés au Sénat et à la Chambre par MM. Gignoux et Deloncle. Désormais, si un fondateur insère dans les statuts une clause suivant laquelle la durée de la société ne pourra être prorogée, cette clause sera entièrement dépourvue d'effet, car l'assemblée générale ne sera pas tenue de s'y conformer...

65. — Houpin et Bosvieux (7e éd., tome 2, n° 1241.42) regrettent cette innovation ; la Société se trouve en grande partie dépourvue de son caractère contractuel, et la volonté individuelle cesse d'y pouvoir faire échec à la volonté collective. « Tout fondateur ou apporteur qui entendra rendre intangibles certaines dispositions des statuts et les soustraire aux atteintes d'une majorité trop souvent inconstante et versatile saura désormais qu'il doit renoncer à la forme commerciale par actions ».

66. — La volonté du législateur d'élargir les pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire et par là de donner une mobilité plus grande à l'être moral — ce qui a pour conséquence immédiate de faciliter sa prorogation — sera affirmée encore davantage dans le nouvel article 31 du 25 février 1953 :

Nonobstant toutes dispositions contraires (ce qui était déjà admis implicitement en 1930, mais apparaît avec un relief accentué), toutes modifications statutaires sont permises, sauf le changement de nationalité et l'augmentation des engagements des actionnaires. En outre, ce qui est un changement plus significatif, la loi du 25 février 1953 *abaisse* le pourcentage du capital social qui doit être représenté pour décider valablement des modifications aux statuts. Il fallait, en 1930, un quorum des trois-quarts à la première réunion de l'assemblée, du tiers à la quatrième et dernière réunion possible. Il suffira désormais, dans les mêmes hypothèses, de la moitié et finalement du quart du capital. Une majorité légalement acceptable deviendra donc plus aisée à obtenir.

67. — L'ordonnance 59-123 du 7 janvier 1959, promulguée parallèlement à l'ordonnance 59-73, retouche de nouveau l'article 31, et dans un sens significatif du même désir d'assurer au maximum la conservation de la personnalité juridique à la société. La res-

triction concernant le changement de nationalité est ébranlée : la société pourra décider de prendre la nationalité des pays avec lesquels il aura été conclu une convention spéciale permettant cette opération.

Un seul principe reste intangible : il demeure interdit d'augmenter les engagements des actionnaires.

68. — Quant à la prorogation elle-même, l'ordonnance 59-73 non seulement la considère à nouveau spécialement, ce qui n'avait pas eu lieu depuis le premier texte de l'article 31 de la loi de 1867 (et encore en termes très vagues) mais la précise officiellement dans son caractère de modification statutaire, tout en lui conférant une nature particulière : c'est une modification à propos de laquelle il faudra obligatoirement prendre parti. Un an au moins avant l'expiration de toute société dont le siège social est situé sur le territoire de la République, ses représentants légaux doivent provoquer une réunion de la collectivité des associés pour décider dans les conditions requises pour une modification aux statuts si la société doit être prorogée ou non.

69. — Alors que toute autre modification reste facultative, pouvant être ou non proposée, celle-ci est nécessairement mise en question à un moment de la vie sociale, comme la dissolution anticipée en cas de perte des trois quarts du capital, et suivant un processus analogue. La prorogation ne saurait être évidemment imposée à l'avance ; elle peut être prévue dans les statuts, mais l'article 31 rendrait une telle clause par essence modifiable. Il faut seulement l'envisager. Aucune de ces deux opérations : la dissolution prévue à l'article 37 et la continuation de la société n'est obligatoire en elle-même. Mais l'une et l'autre font obligatoirement l'objet d'une consultation de l'assemblée générale extraordinaire. Et à défaut de prise de position, la sanction encourue est la même : la dissolution, qu'elle se trouve poursuivie en justice par tout intéressé, ou qu'elle soit un effet de l'expiration de la société à son terme. Dans les deux cas, le sens de la décision à prendre apparaît comme devant être fixé par le degré de puissance que l'être moral aura atteint au cours de son évolution. La prorogation garde, dans la forme, le caractère d'une convention, mais c'est une convention dont on pourrait dire que la clause impulsive et déterminante dépasse la volonté des parties contractantes.

70. — Il est donc certain, pour les sociétés anonymes, que la prorogation ne peut en aucun cas se heurter à une clause statutaire contraire et requérir l'unanimité des associés. En est-il de même dans les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions ? Pour le premier type, le texte de l'article 31 de la loi du 7 mars 1925 n'a pas été modifié. Les modifications sont *permises* à une majorité des associés représentant les trois quarts du capital social, et la prorogation de la S. A. R. L. sera

possible à cette majorité (Houpin et Bosvieux, n° 1537 ; Pic et Baratin, n° 397). Mais les termes « sauf stipulations contraires » n'ont pas disparu. Or, le quorum institué par le législateur constitue un minimum ; c'est une règle d'ordre public. Les modifications statutaires ne sauraient être décidées à une majorité moindre ; par contre, il pourrait être stipulé que certains changements particulièrement graves, et notamment la prorogation, exigeront une majorité plus forte, voire l'unanimité des associés ; dans ce cas, on arriverait, quant à la possibilité d'empêcher la prorogation, à un résultat identique à celui obtenu dans les sociétés de personnes, en l'absence d'une clause expresse la prévoyant.

Mais il semble que, même dans ce cas (ainsi du reste que pour les sociétés en nom) l'ordonnance exprime le principe de la consultation obligatoire du corps social. Il y a là, pour les administrateurs ou gérants, une obligation légale de gestion qui s'intègre dans les règles relatives au fonctionnement de l'institution des sociétés.

71. — La société en commandite par actions nous paraît soulever un problème spécial. Il est certain que le principe de l'ordonnance 59-73 s'applique. Les commandités devront convoquer l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. Mais dans quelle mesure la décision de ces derniers va-t-elle s'imposer aux commandités? La difficulté résulte de la dualité de direction existant dans ce type de société. Les décisions de l'assemblée générale ont, à l'égard des actionnaires, exactement la même force que dans les sociétés anonymes. Mais en plus, elles doivent être acceptées par les associés en nom ; en cas d'opposition de leur part, la situation risque de devenir sans issue autre que la dissolution.

72. — En ce qui concerne les modifications statutaires intéressant le fonctionnement interne ou externe de la société, il est raisonnable de penser que les commandités les admettront dans la plupart des cas afin d'éviter une dissolution occasionnée par la mésintelligence entre associés. Mais la prorogation constitue pour les commandités une mesure exceptionnellement grave, car nous estimons, en fait, qu'elle conduit à une augmentation des engagements de ce groupe de commerçants indéfiniment responsables sur leurs biens personnels. Certain d'entre eux peuvent ne pas être d'accord pour la prolongation d'une responsabilité aussi lourde. Sans doute le seront-ils si la société est indubitablement prospère ; mais pour peu que l'un d'eux estime, à tort ou à raison, la situation incertaine, un conflit va surgir. Il y a coexistence d'une société de personnes et d'une société de capitaux. Si la possibilité a été prévue statutairement pour un des commandités de se retirer sans entraîner la dissolution ou si le maintien de leur groupe peut avoir lieu à une décision majoritaire, il n'y aura pas de difficultés sérieuses, pas plus que dans les sociétés en nom simple. Sinon, en l'absence d'une clause expresse du pacte social, la pro-

rogation risquerait de devenir impossible du fait du refus d'un seul commandité.

73. — L'ordonnance du 7 janvier 1959 n'indique pas, dans ce cas, quelle solution apporter au problème, et il semble qu'il y ait là une lacune... le caractère impératif du texte serait même, plus qu'autrefois, susceptible de provoquer le conflit. Antérieurement la convocation de l'assemblée extraordinaire des actionnaires étant facultative n'avait de raison logique de s'effectuer qu'après entente préalable des commandités pour accepter le principe de la continuation de la société. En cas de désaccord sur ce principe, il suffisait de ne pas procéder à la convocation. Maintenant, que les commandités le veuillent ou non, celle-ci devra avoir lieu. Si les commanditaires se prononcent contre la prorogation, la question est résolue. Mais qu'arrivera-t-il s'ils la décident ? Il semble bien qu'ils soient sans pouvoirs pour contraindre les commandités à l'accepter.

74. — En fait, la question se pose surtout d'une manière théorique. Le nombre des sociétés en commandite par actions est faible par rapport à celui des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée. Il n'existe plus en France, parmi les affaires importantes, que quelques unes d'entre elles restées fidèles à cette forme, par tradition familiale. Il est probable que si le « Printemps » ou le « Creusot » se trouvaient placés devant le problème de leur prorogation, ils le résoudraient dans un sens affirmatif...

SECTION IV

LES SOCIÉTÉS A DURÉE INDÉTERMINÉE

75. — Cette obligation d'envisager la prorogation à un certain moment, qui fait de la durée de la société une clause essentiellement modifiable du contrat, conduit maintenant à se demander si sa limitation elle-même dans les statuts est juridiquement ou pratiquement indispensable ; n'y aurait-il pas, en somme, un moyen de tourner la difficulté en n'assignant aucun terme au pacte lors de sa conclusion? Pour les sociétés de personnes, la solution du problème et ses conséquences sont connues depuis les origines de notre législation. A propos de sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée, il y eut, par contre, bien des controverses. L'ordonnance 59-73 nous paraît là sanctionner une habitude à laquelle l'on se conforma, en fait, dans la plupart des cas, celle de limiter l'existence de la société, sans toutefois que la raison en ait eu, jusqu'à présent, des points d'appui absolument sûrs dans les textes du code civil et du code de commerce.

Sous-Section I. — La durée des sociétés de personnes

76. — Sans doute, l'article 57 § 11 de la loi du 24 juillet 1867 modifié par le décret-loi du 30 octobre 1935 et applicable désormais à toute société commerciale impose-t-il, dans l'acte constitutif à publier, l'indication de « l'époque où la société commence et celle de son expiration normale ». Mais ici, la durée de la société ne s'en trouve pas limitée pour autant, car le texte figure parmi ceux relatifs aux sociétés par actions, et c'est dans un simple désir d'unification du droit des sociétés que le législateur n'a établi, à partir de 1935, aucune différence entre les règles de publicité qui en gouvernent les types. C'est incontestablement pure question de forme si cette mention doit figurer dans les statuts d'une société de personnes, du moins quant à la date de l'expiration du contrat, qui pourrait être stipulé indéterminée puisque, par ailleurs, les articles 1844 et 1869 civ. prévoient formellement la possibilité du cas où la société serait conclue sans limitation de durée. Elle est alors censée contractée pour toute la vie des associés, ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée est limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire. D'après la majorité des auteurs (Escarra et Rault, n° 265 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 330 ; Houpin et Bosvieux, n° 149 ; Hamel et Lagarde, n° 457) la société serait encore illimitée si elle avait été constituée pour une durée manifestement supérieure à celle de la vie humaine, 99 ans par exemple ; mais un danger pèse alors sur ce type de contrat : c'est la faculté donnée par l'article 1869 civ. à chaque associé de provoquer la dissolution par une simple renonciation notifiée à tous les autres, pourvu toutefois que cette renonciation soit faite de bonne foi et non à contretemps. Et il s'agit d'une disposition d'ordre public : les associés ne pourraient par avance renoncer à s'en prévaloir (Orléans, 10.2.1899, D., 1900.2.311 ; Chambéry, 20.2.1905, D., 1907.2.118).

La société de personnes à durée illimitée aurait donc une existence précaire, presque soumise au bon vouloir de chacun de ses membres.

77. — Où voir le fondement de la règle de l'article 1869 ? Tous les auteurs, avec des nuances diverses, le rapprochent de l'article 1780 civ. : « On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ».

Escarra et Rault estiment qu'il y a là une application du principe suivant lequel, dans tout contrat à durée indéterminée, l'un des contractants peut mettre fin à la convention, sauf abus de droit. « Il en serait ainsi du contrat de bail, de travail, de société »... mais établir, en restant à l'échelle des individus, un parallèle entre le contrat de travail et celui de sociétés, c'est méconnaître les traits essentiellement différents de ce dernier. La

première forme de convention implique une idée de subordination de l'employé à l'employeur, alors que la seconde a un fondement égalitaire. Dans une société de personnes, chacun des associés collabore avec les autres et travaille à la réalisation du même but. C'est d'ailleurs ce que remarquent Thaller et Pic (*Des. soc. com.* 1re éd., 1911, tome 2) en rattachant cependant l'un à l'autre les articles 1780 et 1869 par ce fait qu'il y a, dans le contrat de société, interdépendance plus ou moins étroite des associés, et cette interdépendance même constituerait une atteinte grave à la liberté de chacun si elle n'était tempérée par la faculté pour l'un quelconque des associés de « donner congé aux autres ».

78. — A notre sens, cette explication n'est pas encore complètement satisfaisante, car elle ne tient pas compte de l'existence de la personne morale, moins détachée de celles des associés que dans les sociétés de capitaux, mais qui forme tout de même une entité distincte ; les associés sont égaux entre eux, mais leur destinée individuelle est liée à celle de l'être qu'ils ont créé. Ils en constituent la caution et doivent l'administrer. Ils se trouvent assujettis, non les uns aux autres, mais à la même société, et en état de dépendance à l'égard de cette dernière. Sous cet angle il y a bien un phénomène ressemblant à un louage de services, entre les associés et la société : les uns apportent leur garantie et leur travail, l'autre les rémunère au moyen du profit qui résulte de son exploitation.

79. — Dans la pratique, la société de personnes devra donc toujours avoir une durée déterminée, ou un objet précis dont la consommation la limite. Aucun texte ne l'impose, mais la force des choses y conduit, car il y a une nécessité absolue, en matière commerciale, d'assurer la stabilité de l'entreprise. On fixe habituellement une durée de 5 à 20 ans, car trop d'événements pourraient atteindre la personne des associés pendant une durée trop longue (Ripert, n° 689).

Sous-Section II. — La durée des sociétés de capitaux

80. — L'article 57 de la loi de 1867 paraît avoir ici un sens beaucoup plus restrictif. En ce qui concerne les sociétés de personnes, s'il y a tout lieu de considérer que sa portée, dans sa nouvelle rédaction est restreinte à la forme de l'acte, il semble pour les sociétés de capitaux qu'elle s'étende aux conditions fondamentales du contrat, car la mention de « l'époque où la société commence, celle où elle doit finir » fut insérée comme règle formelle dans l'article 57 initial de la loi édictée spécialement pour ce type de société, postérieurement à l'article 1844 civ. L'indication d'une durée deviendrait alors un élément nécessaire du contrat, dont

l'absence serait, ainsi que l'exprime l'article 58 suivant, sanctionnée par la nullité : « l'inobservation des formalités de dépôt et de publicité prescrites aux articles précédents, entraînera la nullité de la société ».

81. — Mais, en fait, les règles des articles 1844, 1869 et 1870 civ., prévues pour les sociétés à durée indéterminée, n'ont plus de raison de s'appliquer puisque, dans le type de société par actions, les associés ont à tout moment la faculté de se retirer en négociant leurs titres. Ils n'auraient donc aucun intérêt à demander la dissolution d'une telle société, même à durée illimitée. Ils ne le pourraient que dans la mesure où la libre négociabilité des titres serait entravée par des clauses d'agrément, ou de préemption. Et inversement, dans les sociétés de personnes à durée illimitée, le droit individuel pour chaque associé de provoquer la dissolution serait mis en échec pour autant qu'il existerait une clause rendant possible le rachat des parts.

82. — Pratiquement, seule la faculté de négocier les actions et les restrictions qui peuvent lui être apportées auraient dû être prises en considération quant au fait de savoir si une société de capitaux peut être constituée pour une durée indéterminée ou non.

83. — La majorité de la jurisprudence adopta rapidement ce point de vue (Cass., 1.6.1859, S., 1961.1.113 ; D. P., 1859.1.244, solution implicite) qui fut principalement mise en relief dans les termes de l'arrêt du 29 avril 1897 (Req., 29.4.1897, S., 1899.1.481, D., 98.1.106), à propos d'une société illimitée en forme anonyme : « Attendu que le droit individuel de dissolution conféré par l'article 1869 civ. aux membres des sociétés dont la durée n'est pas limitée est réputé remplacé dans les sociétés d'actionnaires par la faculté qu'ont ces derniers de liquider leur situation en négociant leurs titres, lorsque les statuts ne mettent pas d'entrave à la liberté de les aliéner... ».

84. — Cependant, en doctrine, l'accord sur la question était loin de régner parmi les auteurs.

Pour Vavasseur (6e éd., 1910, tome I, n° 208) la durée est un élément essentiel du contrat (c'est du reste pourquoi il ne conçoit pas de prorogation possible sans le consentement unanime des actionnaires, sauf disposition expresse du législateur ou stipulation spéciale insérée dans la convention initiale). Selon lui, la durée, en matière commerciale, doit être fixée par les parties, à peine de nullité, et reprenant les termes exacts d'un ancien arrêt de la cour de Lyon précité (Lyon, 24.6.1870, S., 71.2.70) il déclare que « le législateur n'ayant pas, comme il l'a fait en matière de société civile par l'article 1844 civ. donné à la société une durée légale, à défaut de convention le juge n'a pas le pouvoir de compléter, à cet égard, le contrat que les parties ont laissé imparfait ».

D'autres (Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 222 ; Moreau, n° 356) tout en reconnaissant par ailleurs que la négociabilité des actions fait obstacle à l'application des articles 1844 et 1869 civ. estiment également qu'en droit la durée de la société anonyme doit être déterminée.

Escarra et Rault (tome I, n° 552) constatent que les sociétés par actions sont, en fait, toujours constituées pour un temps limité, qu'ils conseillent toutefois de choisir le plus long possible, c'est-à-dire 99 ans. Mais ils reconnaissent qu'il y a là un simple usage, d'ailleurs contraire à celui des sociétés de personnes : « suivant une opinion généralement répandue, on ne saurait assigner à une société une durée supérieure, sans qu'une telle clause ait pour effet d'en faire une société à durée indéterminée. On n'aperçoit pas très bien le fondement juridique d'une telle solution... »

85. — Et l'opinion résolument contraire à celle qui voit dans cette précision de la durée de la société anonyme une nécessité impérative a été soutenue.

Thaller et Pic (1re éd., 1911, tome 2, n° 860) : Il est incontestable qu'une société par actions dont les statuts ne détermineraient pas la durée ne serait pas nulle pour autant ; notre loi n'interdit en effet nullement la constitution des sociétés pour une durée illimitée. L'article 1869 ne s'applique pas aux sociétés par actions, où il y a un droit de céder les titres. La société demeure, mais le personnel est mobile et fluctuant. Ainsi se concilient l'intérêt collectif lié pour les grandes entreprises à la longue durée du pacte, et l'intérêt individuel incompatible avec la persistance indéfinie du lien social ».

Copper-Royer (3e éd., 1925, n° 308), avant la généralisation à toute société qui lui fut donnée par le décret-loi du 30 octobre 1935, réfute l'argument tiré de l'article 57 de la loi du 24 juillet 1867 : on pourrait objecter que satisfaction serait donnée à cet article si l'extrait se contentait de dire que la durée de la société est illimitée et qu'elle ne prendra fin que lorsque son objet sera intégralement rempli, ou lorsque la majorité des associés décidera d'en arrêter les opérations. Les articles 1844 et 1869 civ. n'auraient pas à entrer en jeu, comme ne se rapportant qu'à des sociétés de personnes... Et, ajoute cet auteur, « il ne semble pas qu'aucun texte légal impose à une société la durée maximum de 99 ans. Une société anonyme peut donc être constituée pour une durée illimitée sans pour cela être entachée de nullité ».

Cette possibilité est encore admise par Lyon-Caen, Renault et Amiaud (15e éd., n° 907 *ter*) d'une manière implicite.

86. — Enfin, l'argument qui milite le plus en sa faveur sur le plan du raisonnement, abstraction faite de la notion de personnalité morale et en se plaçant uniquement sous l'angle contractuel, argument qui demeurerait encore vrai même si l'on admettait que la société ne put continuer que du consentement unanime des ac-

tionnaires, nous semble être apporté par Lucien Cellerier (*Etude sur les sociétés anonymes,* Paris 1905, page 496, n° 548) :

« Régler à l'avance l'époque où la liquidation de la société sera opportune par une prescription inflexible des statuts *revient à substituer la prophétie de quelques-uns au jugement raisonné de tous ceux qui viendront après eux.* Les administrateurs et l'assemblée générale sont mieux placés que personne pour déterminer l'heure opportune de dissoudre le lien social ».

Sous-Section III. — La durée dans les sociétés à responsabilité limitée

87. — Peut-elle être stipulée illimitée ? La réponse est partiellement incertaine, en raison du double aspect de la S. A. R. L., à la fois société de personnes et société de capitaux dans la mesure où elle ne dispose que de son fonds social pour faire face à ses engagements. Les associés ne peuvent être tenus au-delà de leur apport, sauf s'ils ont participé effectivement à une gestion qui a abouti à une faillite ou une liquidation judiciaire (art. 25, loi du 7 mars 1925, décret 9 août 1953). De même que l'article 57 ancien de la loi de 1867, l'article 14 de la loi de 1925 a imposé, dès l'origine l'indication dans l'acte constitutif de « l'époque où la société commence, celle où elle doit finir ». Il semblerait donc que cette règle qui rapproche la S. A. R. L. de la société de capitaux — pour autant que le législateur aurait pu l'envisager comme une règle de fond — jointe aux traits qui lui conservent un caractère de société de personnes (l'*intuitus personæ* des associés et surtout la non négociabilité des parts) doivent pratiquement prohiber l'adoption d'une durée illimitée. Cependant le cas s'en est présenté, car la constitution d'une telle société n'est pas illicite. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence s'est alors déclarée en faveur de la dissolution par renonciation unilatérale prévue par l'article 1869 civ. avec les réserves que son application comporte : bonne foi et impossibilité de céder les parts à un prix équitable (Pic et Baratin, n° 398 ; Hamel et Lagarde, tome 1, n° 824 ; Escarra et Rault, n° 473 ; Gabolde, note D. C., 1944 (77) ; Houpin et Bosvieux, tome 2, n° 1554 ; Lyon-Caen, Renault et Amiaud, n° 1029.80 ; Paris, 9.12.1932, *J. Soc.,* 1935, p. 18 ; Req., 9 mars 1936, D. H., 1936, p. 18).

88. — Mais la non dissolution recueille les suffrages de ceux qui voient principalement la S. A. R. L. sous l'angle de la limitation de responsabilité encourue par les associés tels H. Rousseau, note S. 1933, 2, 85, Chambaz (« La durée des S. A. R. L. », *J. Soc.,* 1951, p. 16) : « 1869 civ. a essentiellement pour objet d'empêcher un associé de rester indéfiniment engagé dans une société pour toute sa fortune présente et à venir ; il ne s'applique pas en cas

de risque limité. Les inconvénients réels de restriction de cession, alors même qu'ils aboutiraient à une interdiction totale, ne peuvent prévaloir contre l'intérêt social. L'associé a pris en connaissance de cause un risque pécuniaire limité ; il ne peut pas contraindre ses coassociés à racheter ses parts ou à accepter un cessionnaire sous la menace d'une action en dissolution, et il n'est pas possible d'appliquer aux S. A. R. L. la jurisprudence relative aux sociétés de personne ».

Dans le même sens : Trib. com. Valenciennes, 5.9.1950, *J. Soc.*, 1951, p. 28 ; Douai, 5.7.1951, *R. S.*, 1951.423.

SECTION V

L'ESPRIT DE L'ORDONNANCE A L'ÉGARD DE LA NOTION DE DURÉE DE LA SOCIÉTÉ

89. — Avant l'ordonnance 59-73, aucun texte n'avait donc résolu d'une manière explicite les problèmes soulevés par la durée des sociétés commerciales. La notion elle-même en était confuse, mal dégagée. Ses effets sur le contrat et sa preuve étaient bien envisagés. Mais elle demeurait un élément abstrait, difficilement saisissable par l'esprit. Les nouvelles dispositions sur la prorogation sont celles qui font le plus sentir sa « présence », qui la matérialisent en lui donnant un support concret. Lorsqu'une limitation de durée est imposée, soit dans le temps, soit dans son principe, il n'y a qu'à s'incliner devant la loi. Sinon la porte se trouve ouverte à toutes les contestations en face d'un facteur aussi extensible. Or, et à l'encontre de certaines législations étrangères (la loi belge de 1873, article 1, assigne à une société la durée maximum de trente ans, disposition reprise aux articles 102 et 139 du code de lois coordonnées sur les sociétés commerciales, Bruxelles 1958). D'autres, sans fixer un maximum exigent que les statuts déterminent expressément la durée du pacte : code civil italien article 2295, § 9, 2328, § 11, 2475, § 9 ; code commercial espagnol ancien article 181. Loi sur l'organisation des sociétés par actions du 17.7.1951, article 11. La loi française est muette sur la question. Même les articles 57 de la loi de 1867 et 14 de la loi de 1925 qui la prévoient ne la limitent pas ; les articles 1844, 1869 et 1870 civ. admettent au contraire les sociétés à durée illimitée. Et malgré l'opinion de Vavasseur, ils ne sont pas exclusivement valables pour les sociétés civiles. L'article 18 du Code de commerce est net sur ce point : le contrat de société se règle par le droit civil, les lois particulières au commerce et les conventions des parties. Une très large faculté d'interprétation est donc laissée en matière commerciale, trop large, car elle est génératrice d'incertitudes particulièrement frappantes dans l'article 1873 civ. : « les dispositions du présent titre (relatif au contrat de société,

qu'il conclut) ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraires aux lois et usages du commerce... » Et précisément, si l'on compare la genèse du droit civil avec celle du droit commercial en France, on voit à quel point ce dernier — comme l'autre, du reste, dans ses bases essentielles — s'est modelé sur des usages, mais d'une manière encore plus rapide. D'une façon générale, l'esprit du droit français est hostile au formalisme, à la codification rapide de règles impératives et cette tendance se manifeste spécialement dans le domaine commercial. Bien des facteurs autres que les nécessités pratiques immédiates influent sur les lois civiles qui sont le reflet de l'âme d'un peuple, de sa civilisation, une traduction de son histoire et l'aboutissement des constructions les plus diverses dans l'ordre social, politique, religieux. Le droit commercial est impersonnel, restreint dans sa finalité : le but du commerce se ramène toujours à la recherche d'un profit matériel. Cependant, son contenu change constamment, parce qu'il est fonction d'activités humaines dépendantes d'une technique dont le développement s'accélère de jour en jour. C'est ainsi que l'extension des sociétés anonymes s'est trouvée liée à celle de la grande industrie.

90. — Dans ces conditions, le législateur commercial dispose moins de sa volonté propre qu'il n'est soumis à la nécessité de faciliter certaines opérations dont on ne saisit justement la complexité qu'à l'usage. Et l'usage s'était imposé de donner une durée à une société. Pour quelle raison exacte, aucun auteur ne l'explique d'une manière décisive pour les sociétés anonymes. Escarra et Rault reconnaissent, comme nous l'avons vu, en tant que fait l'habitude de fixer un terme à une société anonyme, et ce que sa limitation à 99 ans comporte d'arbitraire.

91. — Nous pensons qu'une telle habitude résulte, au fond, d'une sorte de transaction établie inconsciemment entre les traditions et les règles qui gouvernaient les sociétés de personnes et l'apparition de nouvelles formes sociales, lesquelles se développeraient difficilement dans un cadre trop étroitement limité par le temps. Il semble que l'on ait eu rarement l'audace, sous la domination d'une certaine routine, de créer d'emblée une société à durée indéterminée. L'ordonnance ne fait pas de l'indication de la durée ni de sa limitation à un temps donné, une règle de droit, et les termes de l'article 660, al. 2 du récent avant-projet de loi encore en suspens sur les sociétés laissent la plus large liberté dans ce domaine : « Toute société peut être constituée pour une durée illimitée ou une durée limitée qui ne peut excéder 99 ans ». Toutefois, cette mesure relative à la prorogation confère à la durée une importance juridique particulière, car elle fait de son expiration le facteur le plus décisif de dissolution de la société. On reste, jusqu'à nouvel ordre, libre de fixer ou non un terme, mais si l'on en adopte un, et le laisse arriver sans l'avoir préalablement éloigné, il jouera

sans rémission contre l'existence de la personne morale. En ce sens, les hésitations qui pouvaient naître de la comparaison entre les deux premiers alinéas de l'article 1865 civ. disparaissent. Dans certaines situations, on a pu, en effet, se croire fondé à se demander laquelle de ces causes devait prévaloir : l'arrivée du terme ou l'extinction de l'objet. Maintenant, il n'y a plus de doute possible : le terme sera toujours prédominant. Et nous y voyons la conséquence normale de l'extension de la notion d'objet social qui, à l'heure actuelle, a pris une ampleur telle qu'hormis des cas très spéciaux, la nature de l'objet, donnée variable et dynamique, ne serait plus suffisante en soi à apporter une limitation à la durée de la société, dans la mesure où l'on voudrait conserver encore le principe de cette limitation, soit en raison de la structure de la société, s'il s'agit par exemple d'une société de personnes, soit pour ne pas risquer d'effrayer des actionnaires possibles que la perspective d'une entreprise « éternelle et indéfinie » intimiderait ou rendrait méfiants à l'égard des propositions à eux soumises...

92. — En outre, par la généralité de ses termes, le texte de l'ordonnance introduit affirmativement un facteur d'unité entre les règles civiles et commerciales en matière de sociétés, car il s'applique d'une part à toute société commerciale, indépendamment de sa forme et de ses statuts, et d'autre part à toute société civile, dans les mêmes conditions, ainsi que le précisa une réponse du ministre de la justice à M. Grandmaison (*J. O.*, juillet 1959, *Débats A. N.*, p. 1533).

CHAPITRE II — LES CONDITIONS DE LA PROROGATION

93. — Antérieurement à l'ordonnance, il n'y avait pas d'obligation légale pour les administrateurs responsables de la société de provoquer la réunion de ses membres afin de leur poser la question de la continuation éventuelle après la date prévue pour l'expiration du contrat, et aucun actionnaire particulier ne pouvait en prendre l'initiative. Mais la prorogation une fois envisagée était soumise à des conditions précises de fond, de forme et de publicité qui sont restées les mêmes dans leur principe.

SECTION I

LES CONDITIONS DE FOND

94. — Ce sont celles ayant trait aux rapports qui doivent s'établir en temps opportun entre l'être moral et ses membres pour que leur réunion produise la prorogation, les associés et la société conservant leurs prérogatives respectives, confondues à l'origine, différenciées depuis par le cours de la vie sociale.

Il y a deux conditions essentielles : 1° la volonté des associés ; 2° la conservation de la personnalité juridique de la société.

Sous-Section I. — La volonté des associés et son rôle exclusif

95. — *La volonté du corps social* représentant la personne morale doit être *exprimée avant le terme de la société.* C'est la condition primordiale : l'être doit encore exister pour accomplir les actes le concernant. La prorogation peut être décidée à tout moment de la vie sociale, comme n'importe quelle autre modification

statutaire et, dans les sociétés anonymes, nonobstant toute clause contraire des statuts, depuis la loi du 1er mai 1930. Mais au-delà du terme, la société est dissoute de plein droit (1865 civ.). Ne lui restent légalement possibles que les actes effectués en vue de sa liquidation.

96. — Seuls les associés ont compétence pour décider de la prorogation. Dans les sociétés de personnes, l'expression de la totalité des voix formant la collectivité est nécessaire. Dans les sociétés de capitaux, le vote se fait par l'intermédiaire d'une assemblée générale extraordinaire, qui peut ne comprendre qu'une partie des associés seulement, pourvu qu'elle réunisse les pourcentages en capital en voix exigés par la loi.

97. — Quand la décision prise est le résultat du vote majoritaire d'une assemblée, elle a une force obligatoire à l'égard de tous les autres associés, absents, dissidents ou incapables. Mais une question nous semble alors pouvoir se poser, si l'on considère la tendance actuelle de la jurisprudence à admettre la notion « d'abus de droit » pour modifier, dans certains cas les résolutions de l'assemblée présentant un caractère dommageable et injustifié pour la minorité et la société ; on peut imaginer qu'une majorité d'actionnaires importants auraient un avantage personnel à la disparition de la société dont ils sont membres, soit qu'ils veuillent reprendre pour eux-mêmes et sous une forme différente une bonne affaire en éliminant des coassociés, comme nous le signalions au début, soit qu'ils se trouvent intéressés d'une manière plus considérable dans une autre société fabriquant les mêmes produits. Une telle majorité n'aura dès lors qu'un souci : faire disparaître du marché un concurrent gênant.

98. — Comment pourrait se défendre une minorité d'actionnaires lésés en face d'un abus de droit de cet ordre ? Avant l'ordonnance, une possibilité de résistance paraissait difficilement concevable, lorsque la décision de non prorogation avait été rendue par une assemblée régulièrement constituée. On pouvait parfois découvrir l'existence d'un faute et d'un préjudice dans les suites d'une non convocation, engageant la responsabilité des aministrateurs. Mais où voir la faute dans le fait de décider d'une dissolution lorsque, normalement la société devait y aboutir à son terme prévu ? La jurisprudence, quand elle a sanctionné des abus de droit, a condamné, soit des résolutions manifestement nuisibles à la poursuite de la vie sociale, soit constituant de véritables dols à l'égard d'associés plus faibles. Mais, en soi, agir de telle façon que l'on exprime simplement, avec le pouvoir dont on dispose, sa volonté de se maintenir dans les limites d'un contrat revêt une apparence irréprochable... Et pourtant, les termes de l'ordonnance 59-73, ainsi que l'extension nouvelle donnée par ceux de l'ordonnance 59-123 à l'art. 31 de la loi du 24 juillet 1867, qui représente

un nouvel effort pour permettre toute opération conservant à la société sa personnalité juridique, sont si catégoriques qu'ils sous-entendent, à notre sens, une prorogation régulière, non seulement dans sa forme, mais aussi dans l'esprit qui la déclenche ou la rejette. Qu'a-t-on désiré en somme ? Accorder à tout associé, même le plus faible, la possibilité d'exprimer une opinion pertinente quant au sort futur de l'organisme où ses intérêts sont engagés. Dès lors il n'est pas douteux dans le principe, que l'attitude d'une majorité dont la fin sciemment poursuivie serait d'écraser la société et ses représentants les moins puissants entrerait dans le domaine où la jurisprudence s'efforce d'assurer la protection de ces derniers.

99. — Ceci admis, il reste à voir comment on pourrait faire appel utilement à ce moyen de recours au profit des victimes. Dans les cas ordinaires, il n'a de chances pratiques d'être efficace que si deux conditions sont réunies :

1° Il faut prouver que la mesure prise par l'assemblée est contraire à l'intérêt social, ce qui paraîtrait relativement facile dans le cas particulier d'une prorogation refusée, alors que la société marche bien et qu'elle est en plein essor.

2° En outre, il devrait être établi que la majorité a agi dans son intérêt, pour s'emparer du marché ou le livrer à une autre société à laquelle elle était affiliée. Cette dernière preuve est beaucoup plus difficile à rapporter. C'est pourquoi une action de la minorité fondée sur la théorie de l'abus de droit, non encore issue de dispositions légales précises, mais d'une tendance jurisprudentielle moderne, restera aléatoire quant à son résultat. Nous en avons émis l'hypothèse parce qu'il nous semble que l'ordonnance en augmenterait la recevabilité. Mais elle ne change rien au principe : la majorité des associés, quand la totalité de leurs voix n'est pas requise dans le cadre d'une société de personnes, est seule compétente pour se prononcer sur la prorogation.

100. — Toutefois, un problème s'est présenté : il y a des modifications statutaires graves, telles que la fusion, le changement de forme, la dissolution anticipée en dehors des circonstances où elle n'est pas motivée par la perte d'une fraction importante du capital social, qui doivent être soumises à l'approbation des obligataires ou des porteurs de parts bénéficiaires. En est-il de même pour la prorogation, et n'y a-t-il pas des cas où des non associés seraient en mesure, sinon d'empêcher juridiquement l'opération, du moins d'y mettre dans l'ordre pratique des obstacles tels qu'elle deviendrait très aléatoire ?

§ 1. — *Le cas des obligataires*

101. — La société qui veut se proroger n'a pas besoin de les consulter en vue d'obtenir leur autorisation. L'article 20 du décret du 30 octobre 1935 ne prévoit que trois cas où leur consultation est obligatoire : la modification de la forme de la société, sa fusion avec une autre et l'émission d'obligations ayant un droit de préférence ; or, la prorogation n'est pas un changement de forme. Il n'y a pas création d'un être moral nouveau puisque, par définition, c'est le même qui continue.

102. — Par ailleurs, et contrairement à une dissolution anticipée, elle ne peut être préjudiciable aux obligataires dont les titres ne sont pas encore amortis. La dissolution n'a pas pour effet automatique de rendre exigibles les obligations non amorties à l'époque où elle survient, même si la société n'a plus aucune activité commerciale ou industrielle (Moreau, n° 932, tome 2), bien que cette exigibilité puisse être demandée et obtenue en justice car, en fait, les garanties de paiement résultant du développement et de la prospérité de l'entreprise sont amoindries, et lorsqu'une société a émis des obligations, les souscripteurs ont toujours basé leur confiance — comme les autres actionnaires, du reste — non seulement sur leur actif présent mais sur des perspectives qui disparaissent du fait d'une liquidation, alors que, par la prorogation, la société se continuant conserve toute son activité antérieure et la possibilité d'en consolider les heureux résultats.

§ 2. — *Le cas des porteurs de parts*

103. — La question est beaucoup plus épineuse car ils ont des droits dont l'exercice est conditionné par l'existence de la société ou sa dissolution : un pourcentage sur les bénéfices annuels et, la plupart du temps, sur ceux mis en réserve qui apparaissent alors dans le boni de liquidation.

104. — S'ils n'avaient de droits que sur les bénéfices distribués, la prorogation ne pourrait que leur être profitable et la dissolution nuisible car elle mettrait fin aux répartitions périodiques qui leur sont attribuées. Anciennement, certains auteurs (note Chavegrin, S., 89.1.417 ; Arthuys, n° 653) ont soutenu que, la société s'étant assigné une durée, les porteurs de part ne pouvaient exiger le maintien de leurs droits au-delà du terme fixé, se basant sur la volonté probable des rédacteurs des statuts, qui n'ont pas dû envisager que la durée des parts excéderait celle de la société telle qu'elle était déterminée par le contrat primitif.

105. — L'opinion résolument contraire a prévalu en doctrine et en jurisprudence (Copper-Royer, 3e éd., n° 457 ; Moreau, n° 931 ;

Houpin et Bosvieux, 7 éd., n° 550 ; Henniqueau, thèse Paris, 1949 ; — Seine, 28.10.1912, *J. Soc.*, 1913.443), à savoir que, sauf stipulation contraire des statuts, les parts et avantages ne cessent pas d'exister à l'expiration contractuellement prévue de la société. Les droits conférés sont subordonnés, sauf s'il y avait une clause expresse imposant leur rachat à un moment donné, *non au terme, mais au sort* de la société : celle-ci s'engagerait *tacitement* à les maintenir pendant tout le cours de son existence (Henniqueau, *précité*).

106. — Il y a lieu de remarquer, à propos de cette évolution du point de vue concernant le droit des parts bénéficiaires qui se fit très rapidement, à quel point elle est encore traductrice de celle de la tendance à reconnaître à la vie sociale et à ses conséquences une puissance propre dépassant la lettre du contrat... La prorogation ne crée pas une nouvelle société qui n'aurait pas à respecter les engagements de la première. C'est bien la société originaire qui se prolonge avec tous ses droits et obligations. Et sur le simple plan de l'équité, comme le constatent Houpin et Bosvieux et Copper-Royer (*Loc. cit.*), l'avantage pouvant résulter d'une prorogation pour les porteurs de parts n'est qu'une compensation au risque inhérent à l'éventualité d'une dissolution anticipée.

107. — Il n'y aurait donc aucune difficulté s'ils n'avaient droit qu'à une fraction des bénéfices annuels : la prorogation leur serait *fatalement profitable*. Mais s'ils ont en plus, ce qui est le cas général dans le silence des statuts, un pourcentage sur les bénéfices capitalisés, la situation se présente sous un jour différent. La prorogation aura pour effet de priver les porteurs du gain immédiat qui apparaîtrait à la suite du partage des réserves. Et à ce moment, ils pourraient, suivant la conjoncture économique ou leurs appréciations et besoins personnels, avoir intérêt à invoquer l'arrivée du terme statutaire et à réclamer la part qui leur revient dans les réserves, mettant ainsi la société dans l'obligation, ou de racheter les parts de fondateurs, ou de procéder à sa liquidation si sa trésorerie est insuffisante.

108. — La société peut alors placer les porteurs devant le problème et l'article 7 de la loi du 23 janvier 1929 permet à leur assemblée de décider de la réponse à donner. Cette assemblée a le choix entre deux attitudes :

1° Ou elle accepte la décision de prorogation au quorum de l'article 6 de la même loi et la minorité se trouve liée.

2° Ou elle refuse, et la liberté des actionnaires ne serait pas entravée. En fait, seules les modifications relatives à la forme et à l'objet de la société doivent recevoir l'approbation des porteurs (art. 9 de la loi de 1929) et la majorité de la doctrine (Rault, *Traité Théorique et pratique des parts de fondateurs*, Paris 1930, p. 131) estime qu'en aucun cas, lorsque la prorogation a été régulière-

ment décidée et publiée, les porteurs ne peuvent y faire obstacle. Les actionnaires ne sont même pas obligés de les consulter sur la question (Henniqueau, *précité*). Il n'y aurait qu'une action en dommages-intérêts possible, jamais en nullité, sauf si la prorogation était nulle par elle-même comme entachée d'un vice de fond ou de forme.

109. — Hormis ce cas, l'action en responsabilité serait encore subordonnée à la preuve d'une fraude des droits des porteurs, commise volontairement et pour leur causer un préjudice (Moreau, n° 852), hypothèse évidemment difficile à concevoir dans la pratique.

110. — Il faut enfin ne pas perdre de vue, dans la pratique que les parts de fondateurs sont des titres souvent cotés en bourse et facilement négociables, comme les actions, et comme ces dernières, leur valeur suit le sort et les vicissitudes de la société, ce qui ôterait beaucoup d'intérêt à une action éventuelle de leurs titulaires contre l'organisme émetteur et pourrait bien constituer même en cas de réussite, une arme à double tranchant.

Sous-Section II. — Le maintien de la personnalité juridique de la société

111. — L'être moral doit rester le même. Il faut entendre par là qu'il persiste avec les bases essentielles qui ont servi de support au consentement de ceux qui l'ont formé puis continué jusqu'à présent ; cette notion de bases essentielles s'est du reste beaucoup élargie depuis le début du siècle. Selon Lacour (*J. Soc.*, 1913, p. 197), il y avait quatre données fondamentales dont la modification devait entraîner la création d'une société nouvelle et exiger le consentement de l'unanimité des associés : l'objet, entendu comme entreprise en vue de laquelle la société a été fondée, sa forme, ou type juridique, son personnel, dans les sociétés de personnes, et sa nationalité.

112. — La rigidité de ces principes a été ébranlée toujours davantage par la loi et la doctrine, au fur et à mesure que l'on reconnaissait à la personne morale plus de liberté aux dépens du cadre contractuel qui la limitait et que la notion « d'objet social » s'étendait. L'article 31 de la loi de 1867 dans sa rédaction du 22 novembre 1913, *permet* aux sociétés par actions des modifications touchant à l'objet et à la forme décidées en assemblées extraordinaires au quorum des trois quarts du capital et à la majorité des deux tiers au moins des voix des actionnaires. Mais une sévérité plus grande continuera à être appliquée à ces changements jusqu'au texte du 25 février 1953 du même article : une seule assemblée sera possible

pour les déterminer, au quorum maximum, tandis que toute autre modification statutaire — y compris la prorogation — pourra être proposée en plusieurs assemblées à un quorum décroissant du capital et des voix. La loi du 25 février 1953 fait disparaître ces réserves : objet, forme et prorogation sont mis désormais sur le même plan et traités d'une façon identique, et déjà la doctrine avait admis que la transformation réalisée lors de la prorogation laisse subsister la personne morale dans tous les cas où elle peut être effectuée au cours de la vie sociale, c'est-à-dire quand elle est autorisée par la loi et les statuts (Auger, *Rev. Soc.*, 1925, p. 258 ; Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 963).

113. — Toutefois, la jurisprudence a apporté quelques limitations :

1° La nature de la société ne doit pas être changée, ce qui aurait lieu par exemple dans le cas d'une société civile devenant commerciale (Req., 18.7.88, S., 90.182).

2° Une importance exceptionnelle est attaché à la persistance du personnel et de l'objet social dans les sociétés de personnes (Trib. Laon, 28.7.1887, *Rep. per.*, 1888, n° 6994 ; Trib. Seine, 20.3.1920, *R. E.*, 1921, n° 7291) ; ce point de vue est compréhensible et s'explique par la structure même de ces sociétés : chacun des associés représente la personne morale toute entière et la nature de l'objet y est un élément prédominant du consentement. Sans doute, la durée de la société est-elle aussi, comme nous l'avons dit, une base essentielle de ce dernier. Mais dans une autre perspective. Elle n'a ce caractère que par rapport à l'*acceptation* du contrat, et un rôle en quelque sorte interne dans la vie de la personne morale. C'est pourquoi cette personne reste identique à elle-même, l'unanimité des voix de ses membres serait-elle requise pour sa continuation, tandis que *vis-à-vis des tiers*, et dans sa manifestation extérieure, l'objet de la société et la qualité de ses représentants sont des facteurs constitutifs de l'être moral, inséparables l'un de l'autre, modifiables seulement si les statuts l'ont prévu et les tiers qui traitent avec lui avertis de cette possibilité.

Mais, en règle générale, il est admis que l'objet puisse être étendu (Cass., 11.2.1920, S., 1920.1.309) et le capital modifié, augmenté ou diminué (Seine, 20.3.1920, *R. E.*, 1921, n° 7291 ; Req., 24.1.93, S., 1893.1.366).

114. — 3° Quand plusieurs modifications importantes sont entreprises en même temps, la jurisprudence a, malgré les facilités de principe accordées à chacune d'elles lorsqu'elle est réalisée dans le courant de la vie sociale, tendance à considérer qu'une nouvelle personne morale s'est constituée si elles interviennent concomitamment à la prorogation (Req., 21.7.1884, S., 1885.1.277) : il ne faut pas que les changements accompagnant l'opération soient tels et en tel nombre que leur réunion défigure l'être moral primitif

(Cass., 3.1.1912, *J. Soc.*, 1912.122, S., 1912.1.129) ; la prorogation est une mesure conservatrice de la société à un moment donné. C'est ce qui la différencie des autres modifications intéressant son fonctionnement interne ou externe, lesquelles n'ont en définitive qu'un caractère accessoire.

Elle a pour but de préserver la vie, de laquelle dépendent les effets de tout ce qui a été entrepris antérieurement et sera envisagé postérieurement. Du principe de vie découle toute possibilité d'orienter cette existence d'une manière différente. Mais si à l'occasion du changement de durée alors que la personne morale est sur le point de disparaître, on accumule les transformations ou on en fait de très graves, on forme, dans la réalité des choses, une autre société. Il y a là une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux (Civ., 12.2.1879, S., 1879.1.217 ; Req., 3.8.1881, S., 1883.1.367).

Si l'objet doit être changé, le capital augmenté hors de proportion avec le capital primitif (Civ., 25.11.1901, D., 1902.1.147 : capital porté de 200.000 à 4.000.000 de francs), il est préférable, pour le faire décider par l'assemblée générale, que la société soit préalablement prorogée, alors qu'elle se trouve dans le cours de son existence, plutôt « qu'aux portes de la mort » (Moreau, n° 934, tome II).

115. — La jurisprudence a donc adopté une attitude nuancée : beaucoup de « retouches » sont permises lors de sa prorogation, mais il y a cependant des bornes à ne pas dépasser... et dans cette tendance quelque peu restrictive, il nous semble, du reste, que les décisions rendues ont été surtout influencées par la considération de l'aspect contractuel de la société, plus que par celle de son existence en tant que personne morale distincte des associés. Une transformation, même très importante, ou un ensemble de modifications apportées au cours de la vie sociale, dont les résultats éventuels doivent se développer dans un cadre limité par le temps statutairement prévu pour la société, ne changent pas un être moral envisagé comme support de la volonté des associés, parce qu'elles ont été exécutées en vertu de principes acceptés dès le début. Dans les sociétés par actions il est reconnu que l'être moral peut évoluer constamment jusqu'à son terme, mais à l'arrivée de celui-ci, et du point de vue des associés qui vont avoir à se prononcer sur la prorogation, un changement trop considérable des données primitives équivaut à les orienter à nouveau et pour une très longue période vers des situations encore inconnues, c'est-à-dire à les ramener à des conditions très voisines de celles de la constitution. Depuis l'ordonnance 59-123 introduite dans l'article 31 de la loi de 1867, autorisant dans certaines conditions un changement aussi profond que celui de la nationalité, il semble logique de supposer que la jurisprudence va s'élargir encore dans un sens favorable à toutes modifications, quand la prorogation aura été mise en question dans les délais exigés, c'est-à-dire un an au moins

avant l'arrivée du terme (Trib. com. Seine, 22.6.1959, *R. S.*. 1960, p. 47).

116. — La prorogation peut être affectée de certaines modalités (Moreau, n° 936) susceptibles de la limiter dans ses effets, stipulée dépendre d'une condition suspensive comme ne devant avoir effet qu'autant qu'un événement envisagé se réalisera avant l'arrivée du terme, ou d'une condition résolutoire, comme devant cesser si l'événement se réalise au cours de la durée prorogée.

SECTION II

LES CONDITIONS DE FORME

117. — La prorogation, pour avoir effet, doit non seulement être décidée antérieurement au terme statutaire de la société, mais dans des conditions de forme et de publicité qui la prouvent et la rendent opposable aux tiers. Il faudra donc dans tous les cas un écrit qui, d'après l'article 1866 civ. doit être « revêtu des mêmes formes que l'acte de société », ce qu'il y a lieu d'entendre dans un sens très général, car l'article 68 de la loi du 24 juillet 1867 envisage avec ce terme, employé au pluriel, non spécialement les conditions de l'acte instrumentaire, mais bien l'ensemble des dispositions à observer pour constituer régulièrement une société commerciale (Cass., 14.1.1905, S., 1907.1.520, Note A. Wahl). De même que pour le contrat de constitution, les formes seront plus ou moins strictes et compliquées selon qu'il s'agit d'une société de personnes ou d'une société de capitaux.

Sous-Section I. — Les sociétés de personnes

118. — 1° Il faut un acte écrit. Celui-ci peut être sous seing privé ou authentique. Un parallélisme entre l'acte constitutif et celui de la prorogation n'est pas indispensable (Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 206 ; Piquecry, *J. Soc.*, 1930, p. 50). Toutefois, la forme authentique est exigée aussi bien pour la prorogation que pour la constitution dans deux cas : *a*) lorsque la société est formée entre une personne et l'un de ses successibles ; *b*) : quand il y eut apport d'un brevet d'invention (Thaller et Pic, I, n° 230 et 233).

2° Et un acte enregistré et publié conformément aux règles des articles 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867, modifiés par le décret-loi du 30 octobre 1935, applicables à toute société commerciale. Deux originaux de l'acte, s'il est sous seing privé, ou deux expéditions s'il est notarié, sont déposés au greffe du tribunal de com-

merce du siège social ; un extrait de l'acte doit être publié dans un journal désigné pour recevoir les annonces légales, éventuellement dans chacun des arrondissements où la société aurait une succursale (art. 61). Cette publication a pour objet de porter la prorogation à la connaissance des tiers, et doit, ainsi que le dépôt, être effectuée dans le mois qui suit la décision.

119. — Une prorogation verbale est valable entre associés seulement, et sa preuve peut en être établie par aveu judiciaire (Civ., 4.2.1930, D., 1932.1.128). Les articles 1341 et 1347 civ. relatifs à la preuve testimoniale et aux présomptions quand il existe un commencement de preuve par écrit s'appliquent également ; la prorogation peut donc encore résulter d'un tel écrit appuyé de présomptions graves, précises et concordantes (Cass. 19.7 1852, S, 1853.1.34 ; Poitiers, 20.1.1909, S., 1909.2.55). Mais si les tiers ont la faculté de s'en prévaloir (Req., 23.2.1875, D., 1875.1.370) quand ils y ont intérêt, ils peuvent aussi la méconnaître, car les mesures de publicité ont été édictées en leur faveur (Thaller et Percerou, 8e éd., n° 376, tome I ; Req., 2.2.1902, S., 1903.1.348).

Sous-Section II. — Les sociétés anonymes et en commandite par actions

120. — La prorogation est décidée dans les mêmes conditions qu'une modification statutaire, c'est-à-dire dans les formes prévues à l'article 31 de la loi de 1867. Le conseil d'administration ou les gérants convoquent l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires par des annonces insérées dans les journaux d'annonces légales et par lettres individuelles recommandées adressées aux actionnaires nominatifs. Les actionnaires aux porteurs déposent leurs titres au siège la veille de l'assemblée.

Il faut prévoir au moins un délai de quinze jours entre la convocation et la réunion, car d'après l'article 31 al. 6, le projet de prorogation, comme toute autre modification qui l'accompagnerait, doit être mis à la disposition des actionnaires au siège de la société quinze jours avant la délibération.

121. — Si l'assemblée n'a pas réuni la moitié du capital social, l'article 31 autorise la convocation d'autres assemblées délibérant à des quorums inférieurs :

1° Une deuxième, réunie au plus tôt dix jours après la dernière insertion faite dans les journaux habilités à la publier, et qui devra réunir le tiers du capital.

2° En cas d'échec, une troisième, puis une quatrième assemblée, prorogation de la troisième, avec le quorum minimum du quart du capital, dans les délais respectifs de dix jours, puis de deux mois après la deuxième et la troisième assemblée.

122. — Telle est la règle générale ; lorsque les statuts sont muets sur la question, quatre assemblées peuvent donc être convoquées. Dans tous les cas, la résolution de prorogation n'est valable que si elle réunit en sa faveur les deux tiers au moins des voix des actionnaires présents ou représentés. L'ensemble des opérations s'étend alors sur une durée de trois à quatre mois. Si la quatrième assemblée ne réunissait pas encore le quart du capital, la prorogation ne pourrait avoir lieu. Si la proposition en avait été faite longtemps avant l'arrivée du terme, il ne serait sans doute pas impossible de la réitérer à une date ultérieure, mais il faudrait recommencer tout le cycle, éventuellement prévu par l'article 31, des convocations successives. A l'approche du terme, ce serait irréalisable dans l'ordre pratique. Théoriquement, l'ordonnance 59-73 donne le moyen de poser au moins deux fois la question et de parcourir deux cycles, puisque la prorogation est obligatoirement envisagée un an — délai minimum — avant la fin de la société.

123. — La prorogation ayant été refusée, la responsabilité des administrateurs à l'égard des actionnaires serait dégagée, hormis les cas exceptionnels d'abus de droit ou de fraude. On peut même estimer, sauf si les statuts contiennent une clause spéciale imposant la réunion de plusieurs assemblées lorsqu'il s'agit de prendre une décision emportant modification statutaire, et que la moitié du capital ne s'est pas trouvée réunie dès la première fois, que cette responsabilité ne saurait plus être mise en cause à partir du moment où la première assemblée, régulièrement convoquée, s'est tenue sans résultat à cause d'un quorum insuffisant. L'article 31, s'il donne en effet la faculté de procéder à quatre convocations, ne les impose pas. Les statuts peuvent déroger à ce mode de scrutin, comme le prévoir au contraire expressément. Il ne fait qu'indiquer les majorités minima en capital et en voix requises. S'il n'est rien formulé à ce sujet dans les statuts, ou s'ils reproduisent simplement les termes de l'article 31, le conseil d'administration ou les gérants doivent garder la liberté de considérer la question comme réglée dès l'échec de la première réunion de l'assemblée. L'ordonnance pose comme principe que, dans tous les cas, *une* réunion de la collectivité des associés aura lieu à propos de la prorogation. Mais par les termes de l'article 1er, al. 1 « dans les conditions requises pour une modification aux statuts », elle s'en remet à ces derniers de décider si cette modification pourra ou non être réalisée en une ou plusieurs fois.

Les formalités ultérieures de dépôt au greffe du tribunal de commerce et de publicité sont les mêmes que pour les sociétés de personnes.

Sous-Section III. — Les sociétés à responsabilité limitée

124. — Les règles de convocation des associés sont ici quelque peu différentes. Lorsque la société comprend plus de vingt membres, les modifications statutaires sont assurément décidées en assemblées générales, qui d'après l'article 29 de la loi de 1925, peuvent être en tout temps convoquées par trois catégories de personnes : le gérant, à son défaut le conseil de surveillance s'il en existe un, ou encore un ou plusieurs associés représentant plus de la moitié du capital social.

125. — Mais l'article 31 de la même loi ne prévoit pas l'appel éventuel de plusieurs assemblées et un quorum décroissant. Il faut réunir au moins les trois quarts du capital et la majorité en voix des associés dès la première fois. Et il est non seulement interdit d'atténuer à la base ces conditions : elles ne peuvent être que renforcées et rendues plus sévères, mais encore, sauf les premiers commentateurs de la loi (Wahl, *J. Soc.*, 1925, p. 641) la doctrine est d'accord pour reconnaître l'impossibilité de stipuler la tenue d'assemblées à un quorum décroissant par une clause statutaire qui serait nulle et contraire à l'esprit de la loi. La permission d'introduire une telle clause, qui deviendrait rapidement de style, reviendrait à écarter les garanties édictées pour la protection des absents et dissidents, et donnerait à quelques associés la latitude de « profiter de circonstances exceptionnelles pour imposer par surprise des décisions ne visant rien moins qu'à modifier profondément le pacte social » (Leblond, *R. S.*, 1941, p. 155).

Or, la prorogation de la S. A. R. L. est toujours, pour ses membres, une mesure à considérer plus sérieusement encore que dans les sociétés anonymes, puisque les parts sont cessibles, mais non négociables, les associés ne pouvant ainsi se retirer facilement.

Il n'est donc pas douteux que les règles de majorité édictées par l'article 31 ne puissent être tournées, ni directement, ni indirectement, quel que soit le mode de convocation des associés et la manière dont ils expriment leurs voix.

126. — Mais si la société a moins de vingt membres, pourrait-on consulter individuellement, ou faudra-t-il convoquer une assemblée ? Avant l'ordonnance 59-73, la question a pu se poser, et il y avait un certain flottement dans les décisions jurisprudentielles en raison de l'incertitude résultant de la rédaction de l'article 26 de la loi de 1925 : « Les décisions des associés sont prises en assemblées. Toutefois, la tenue d'une assemblée n'est pas nécessaire quand le nombre des associés n'est pas supérieur à vingt. Dans ce cas, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre expressément formulées et émettra son vote par écrit ».

127. — Un arrêt de la Cour de Cassation (Civ. com. rejet, 17.1. 1955, D., 1957.1.70) fut rendu en faveur de la consultation individuelle : « l'article 29 de la loi de 1925 ne concerne que les sociétés de plus de vingt membres, et les juges du fond usent du pouvoir souverain qui leur appartient en excluant la possibilité du vote en assemblée générale et en déclarant nulles les décisions et résolutions prises dans ces assemblées ».

128. — La Cour de Paris (Paris, 20.11.1956, D., 1957.1.79) s'est prononcée en sens inverse. « Les décisions, selon l'article 28, sont normalement prises en assemblées. Si la société à moins de vingt membres, le recours à la consultation individuelle est une faculté, mais ils peuvent y renoncer ».

129. — Dans le cas de la prorogation, l'article 1er de l'ordonnance prescrivant la réunion de la « collectivité des associés » semblerait trancher le débat en rendant la tenue d'une assemblée obligatoire, même s'il y avait moins de vingt associés, et la précision apportée ici n'est pas sans importance, car elle intéresse de nombreuses sociétés à responsabilité limitée. Rares sont les S. A. R. L. de plus de vingt membres, pour lesquelles le problème se trouvait résolu, car un organisme qui a atteint cette envergure adoptera rapidement la forme anonyme. Et pour les petites sociétés de deux ou trois membres, dans lesquelles un des associés est fortement majoritaire, il ne saurait y avoir de sérieuses difficultés pratiques... Mais il existe beaucoup de sociétés à responsabilités limitées de moyen effectif et qu'on ne peut assimiler à des sociétés « de façade ». C'est pour cette catégorie intermédiaire qu'il y avait lieu de se demander si la tenue d'assemblée était ou non obligatoire.

SECTION III

LES SANCTIONS DE LA PROROGATION IRRÉGULIÈRE

130. — Nous n'envisageons pas ici l'absence de prorogation décidée avant le terme, mais l'acte passé en temps utile, qui se trouve cependant vicié parce qu'il est affecté dans son fond ou sa forme. La volonté des associés ne s'est pas exprimée dans les conditions et à la majorité exigées par la loi et les statuts. Ou bien les formalités légales de convocation n'ont pas été respectées. Ou encore la publication de la résolution fut tardive, irrégulière ou incomplète. La prorogation est alors entachée de nullité et tombe sous le coup d'une action dirigée contre la société. Mais le vice reste, en fait et la plupart du temps, plus ou moins réparable suivant les cas.

Sous-Section I. — Les irrégularités de forme

131. — Les unes concernent les actes préparant ou accompagnant la prorogation, les autres, les actes postérieurs à l'opération, relatifs à sa publicité. Tantôt elles ont pour conséquence une simple nullité relative, couverte par l'acceptation de ceux qui seraient intéressés à l'invoquer. Tantôt elles entraînent une nullité absolue, ce qui signifie que le tribunal saisi peut, soit la reconnaître et donner satisfaction aux demandeurs, soit le plus souvent imposer de recommencer la consultation des associés sur les bases normales dont elle n'aurait jamais dû se départir.

§ 1. — *Les irrégularités de consultation*

132. — Elles sont concevables surtout pour les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, dont les décisions doivent être rendues en assemblées, à une certaine majorité des associés réunissant un quorum déterminé du capital. La loi a prescrit — ce qu'elle n'a pas fait à l'égard des sociétés de personnes, pour lesquelles le problème ne se posait pas, le nombre de leurs membres étant toujours restreint — des modes précis de convocation et de calcul des votes, qui sont d'autant plus aisément violés que l'effectif social est plus important. Les cas où la prorogation risque d'être sanctionnée par la nullité sont les mêmes que ceux mettant en cause la validité de toute autre modification statutaire, avec cette circonstance aggravante que l'existence même de la société est en jeu.

133. — Il y aurait donc nullité *relative* dans les hypothèses suivantes :

1° Quand il y a inobservation de la forme et des délais établis pour la convocation par les statuts ou les règles gouvernant la société du type considéré, même si le quorum requis a été atteint à l'assemblée : telle la convocation par insertion alors que, d'après les statuts, elle doit être faite par lettre recommandée (Trib. com. Bordeaux, 9.1.1931, *J. Soc.*, 1931.677) ou la convocation émanant de personnes non qualifiées (Cass., 10.5.1926, *J. Soc.*, 1927.40 ; Trib. com. Seine, 1.2.1916, *J. Soc.*, 1918.65).

2° Si l'assemblée a été tenue en l'absence d'actionnaires non convoqués (Trib. com. Lille, 3.12.1923, *R. S.*, 1924.216 ; Montpellier, 23.10.1931, *J. Soc.*, 1932.657).

3° Si la composition du bureau était irrégulière, à moins de ratification, même tacite, par l'assemblée (Paris, 19.7.1935, D. H., 1935.561). Dans ces cas l'action ne peut être intentée que par les actionnaires qui n'ont pas approuvé les résultats de la délibération,

et éventuellement, s'ils avaient subi un préjudice du fait de l'irrégularité, par les porteurs de parts, les obligataires, et les tiers en rapports juridiques avec la société.

La régularisation de la situation peut résulter, soit d'une ratification expresse ou tacite des intéressés, soit d'une renonciation à l'action en nullité (Cass., 4.6.1946, *J. Soc.*, 1946.374 ; *Gaz. Pal.*, 1946.2.136).

§ 2. — *Les irrégularités de dépôt et de publicité*

134. — Le procès-verbal de la décision de l'assemblée ou des associés peut avoir été établi dans des conditions convenables de délibération et témoigner de la volonté inattaquable de proroger la société, mais n'avoir pas fait l'objet des formalités de dépôt et de publicité prescrites par les articles 55 et 59 nouveaux de la loi de 1867, dans le délai fixé (c'est-à-dire un mois), ou ces formalités se trouvent exécutées d'une manière incomplète. La nullité est encore encourue. Toutefois, le décret-loi du 30 octobre 1935 étend à cette nullité le régime institué en faveur des nullités dérivant d'un vice de constitution. Et la régularisation sera possible conformément aux mêmes principes. L'article 59 permet, en procédant à une publicité tardive ou à une régularisation de la publication incomplète ou irrégulière qui a été effectuée, d'éteindre à l'encontre des actionnaires et des tiers toute action en nullité de leur chef.

135. — Mais il semble, sous ce nouveau régime, que la prorogation doive être publiée plus strictement qu'auparavant dans le délai d'un mois après la prise de la résolution. A ce sujet, les termes sont rédigés en termes très catégoriques, et il n'est pas fait d'exception selon qu'il s'agisse d'une formalité de constitution ou d'une modication statutaire, tandis que la doctrine et la jurisprudence anciennes (Piquecry, *J. Soc.*, 1930, p. 54 ; Bordeaux, 4.2.1901, *Rec. de Bordeaux*, 245.1.1901) admettaient que, lorsque la prorogation avait été décidée très longtemps avant terme, elle pouvait être encore valablement portée à la connaissance des tiers jusqu'au mois de la fin primitivement prévue de l'être moral

Sous-Section II. — Les irrégularités de fond

136. — Il y a des irrégularités de fond lorsque la volonté des associés, au sein d'une assemblée régulièrement constituée dans la forme et les délais fixés, ne s'est pas, néanmoins, exprimée d'une manière valable, c'est-à-dire conformément aux conventions particulières du contrat de base, supposées exécutées de bonne foi, et aux lois qui conditionnaient l'existence et le fonctionnement de la société. On pourrait dire encore qu'il y a eu, ou absence, ou vice de consentement de l'être moral. Il en serait ainsi par exemple :

1° Si la prorogation avait été décidée par une assemblée générale ordinaire des actionnaires, même convoquée extraordinairement, car il ne s'agirait que d'une assemblée de gestion, incompétente pour modifier les statuts et donner valablement son consentement à la prorogation (Moreau, n° 946).

2° Si la décision avait été prise nonobstant un défaut de quorum ou de majorité.

3° S'il y a infraction à la proportionnalité du droit de vote.

4° Quand il y a eu admission à l'assemblée de personnes n'ayant pas le droit d'y participer et si le quorum a été atteint, la majorité obtenue grâce aux actions et aux voix dont elles ont disposé irrégulièrement (Cass., 25.2.1918, *J. Soc.*, 1919.35 ; Amiens, 12 7.1929, *J. Soc.*, 1929.651 ; Paris, 22.7.1938, *J. Soc.*, 1940.105 ; Orléans, 12.2.1952, D., 1952.626). Ou même si cette admission était le résultat d'une manœuvre frauduleuse, de nature à compromettre l'indépendance et la sincérité du vote (Cass. 20.5.1898, *R. S.*. 1898. 556 ; — 31.12.1913, *J. Soc.*, 1915.81).

5° Au cas où l'abus de droit d'un ou plusieurs actionnaires majoritaires pourrait être démontré (Besançon, 12.12.1938, *J. Soc.*, 1939.429 ; Trib. com. Seine, 17.1.1949, *J. Soc.*, 1951.367. Mais, en matière de prorogation, la preuve, comme nous l'avons dit précédemment, en serait difficile à administrer.

137. — Dans les hypothèses où le quorum et la majorité ont été faussés ou ont manqué, la nullité est *absolue :* elle est d'ordre public et peut être demandée par tout intéressé, mais elle n'opère pas de plein droit, et doit être prononcée par les tribunaux. La nullité de la prorogation déclarée après le terme statutaire entraîne la dissolution de la société, puisque sa durée est alors expirée Avant l'ordonnance du 7 janvier 1959, ce cas pouvait se produire, au moins théoriquement, lorsque la prorogation était décidée peu avant terme, et qu'il ne restait plus suffisamment de temps pour réparer le vice. Mais déjà, l'article 8 de la loi de 1867 (décret-loi 30 octobre 1935) permettaient aux tribunaux, ce qu'ils faisaient dans la grande majorité des cas, de régulariser la situation en procédant à la convocation d'une assemblée nouvelle compétente, dont les résolutions étaient inattaquables, pourvu qu'elle fût valablement tenue et fasse disparaître la cause de nullité.

138. — Depuis l'ordonnance, qui prescrit la réunion de la collectivité des associés *un an au moins* avant le terme, les risques de dissolution d'une société pour prorogation « *in extremis* » irrégulière (et non pas tardive, intervenant après terme) sont encore diminués. Alors même que le tribunal reconnaîtrait la nullité de l'opération, il n'aurait fait qu'annuler la prorogation dans ses clauses prévues. Mais la société n'en serait pas dissoute *ipso facto* pour autant, si cette annulation d'une modification statutaire envi-

sagée avait été prononcée avant la date de l'expiration normale du contrat, et il resterait presque toujours assez de temps pour poser à nouveau la question aux associés.

Sous-Section III. — La responsabilité des administrateurs, associés ou gérants chargés de procéder à la prorogation

139. — Antérieurement à l'ordonnance, les administrateurs de sociétés n'avaient pas d'obligation légale de poser la question de prorogation. Sans doute existait-il pour eux un devoir moral de la faire, quand ils étaient seuls compétents pour proposer les modifications statutaires. Mais par elle-même, leur simple inaction ne constituait pas en soi une faute sanctionnable, sauf s'il était prouvé que la dissolution de la société en résultant avait eu des conséquences préjudiciables et que le dommage causé eût été évitable au moyen de la prorogation.

140. — Mais ils ont toujours été civilement responsables des suites de la nullité provenant de leur fait, par exemple de l'irrégularité de la convocation, du défaut de publication ou d'une publication soit incomplète, soit irrégulière, et d'autant plus gravement que la prorogation aurait été accompagnée d'autres modifications statutaires correspondant à des changements dans le mode de fonctionnement de la société : diminution de capital, changement de forme, etc. susceptibles d'avoir des conséquences importantes pour les tiers appelés à traiter avec l'entreprise.

141. — Si la société était purement et simplement prorogée, sans aucune modification supplémentaire, le préjudice éventuel résultant d'une irrégularité commise à propos de la résolution n'apparaitrait guère qu'au terme de la société et à condition que cette dernière soit, à ce moment, l'objet d'une action en dissolution.

Mais le plus souvent on profite de l'occasion offerte par la prorogation de réunir une assemblée générale extraordinaire pour prendre des décisions complémentaires intéressant le sort futur de l'organisme. Nous avons vu que ces changements ne doivent pas être tels qu'ils aient pour effet de substituer un nouvel être moral au précédent. Ils peuvent toutefois être assez considérables, et les sociétés par actions, en particulier, usent volontiers des possibilités qui leur sont accordées dans cet ordre, car la convocation d'une assemblée extraordinaire est toujours une opération complexe : autant donc réunir au même ordre du jour les propositions qu'on veut lui soumettre.

142. — Que va-t-il se produire si cette assemblée tombe sous le coup d'une action en nullité pour vice de forme ou si ses décisions n'ont pas été publiées en temps requis par la loi ? La situation

serait-elle régularisée avant l'introduction de toute demande par la convocation d'une nouvelle assemblée ou par une publication tardive, les ayants cause de la société pourraient arguer d'un préjudice, si la seconde assemblée ne ratifiait pas certaines résolutions de la première ou si la publication révélait l'introduction de changements qu'ils ignoraient, alors qu'ils se seraient comportés entre temps vis-à-vis de la société sur la foi de données incomplètes ou provisoires.

143. — C'est pourquoi les articles 8 et 17 de la loi de 1867, 10 de la loi de 1925 posent comme principe que la responsabilité des gérants et des administrateurs pourra encore être mise en cause trois ans à dater du jour où la nullité était encourue, même si la régularisation, rendant irrecevable l'action en nullité, intervenait avant toute poursuite contre la société.

Cette action en nullité est prescrite elle-même par cinq ans. En outre, si la demande avait été introduite, et nonobstant une régularisation effectuée, les frais de l'action seraient à la charge des défendeurs.

CHAPITRE III | LES FRAIS ENTRAINÉS PAR LA PROROGATION

144. — Il serait vain de vouloir présenter comme ayant une valeur définitive un tableau des droits qui grèvent les sociétés commerciales lors des différents actes qu'elles accomplissent, de leur formation à leur dissolution. Le taux des impôts change constamment. Sans cesse de nouvelles taxes sont introduites, d'autres augmentées, tandis que certaines — beaucoup plus rarement, il est vrai... — disparaissent. Il y a là une matière perpétuellement mouvante et qui, dans la complexité du système fiscal actuel, ne peut être connue que par la mise à jour soigneusement tenue de spécialistes.

Néanmoins, le fondement juridique des principaux impôts dont les sociétés sont passibles paraît maintenant établi sur des bases assez stables. C'est ainsi que la notion fiscale d'apport sous son aspect moderne s'est dégagée nettement dans les dernières années du XIX[e] siècle et du début du XX[e]. Elle n'a guère varié depuis les travaux de Wahl, Naquet et Maguero, encore que le taux du droit ait subi maintes modifications. Mais il sera intéressant et significatif d'observer un certain parallélisme entre ces dernières et l'évolution de la notion de prorogation par rapport à celle de constitution de société.

SECTION I

LA NOTION D'APPORT PUR ET SIMPLE

145. — L'apport, dans le sens le plus général de ce mot, est la prestation que chaque associé va fournir à la société en vue de la réalisation de son objet, devant conduire au partage du bénéfice qui pourra résulter de l'œuvre commune entreprise (1832 civ.)

Cette prestation peut avoir la forme d'une valeur matérielle, ou non matérielle (telle qu'un apport dit « en industrie » dans les sociétés de personnes), livrée à titre permanent ou pour un temps donné, comme l'apport en jouissance d'une chose. Le capital social est la somme des valeurs matérielles servant de garantie aux créanciers sociaux. Il doit donc être représenté par des biens évaluables dont la contre partie est laissée en réserve, à la disposition de ces créanciers d'une manière stable et définitive.

146. — L'apport dit « pur et simple » est celui d'un bien, argent, meuble ou immeuble, libre de toutes charges antérieures (gage, hypothèque) qui seraient à acquitter par la société et qui lui est remis en échange de titres représentatifs (parts, actions) soumis à des fluctuations de valeur, conséquence de l'exercice de la vie sociale. La société reçoit le bien à charge de le faire fructifier. Il s'opère donc un transfert de possession entre elle et les associés apporteurs. Mais celui-ci n'est nullement équivalent à une vente.

Dans le cas de la vente, une des valeurs équilibre l'autre de façon certaine et irréversible : c'est une convention par laquelle une des parties s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer (1582, civ.).

Du point de vue fiscal, l'apport en société est, à la base, une valeur certaine. Mais au cours des opérations sociales il est susceptible d'engendrer une valeur très supérieure comme d'être irrémédiablement perdu, sans compensation, car il devient le gage de créanciers qui s'en empareront si la société ne peut faire face à ses engagements sur les seuls bénéfices résultant de son activité. Sinon, à la dissolution l'apport lui-même, ou une valeur correspondante fera retour à l'associé apporteur augmenté, le cas échéant, d'un excédent proportionnel à sa valeur initiale et à la totalité d'un profit réalisé qui apparaît lors de la liquidation, toutes dettes de l'entreprise payées.

147. — Le fisc grève d'un droit l'apport pur et simple. Mais malgré le transfert de possession auquel il conduit, ce droit ne saurait être égal à celui perçu lors de la vente. Il y a eu, certes, dans l'esprit du législateur la volonté d'encourager la constitution d'entreprises qui, lorsqu'elles sont destinées à prendre une certaine importance, nécessitent le concours d'un nombre plus ou moins grand de participants dont la réunion forme la société. Celle-ci est un contrat générateur de richesses qui donne un élan à toute l'économie. Il serait désavantageux pour toute la collectivité de l'entraver dès le départ par des impôts tels qu'il n'offrirait plus d'intérêt, en face par exemple des profits à attendre d'une vente ou d'un achat effectués dans un but de spéculation. En outre, vente et apport en société sont deux opérations juridiques différentes. Il ne semble pas possible de qualifier la nature de l'apport en se référant à un critère unique de droit civil, car il tient tout à la fois de la mutation de propriété dans la mesure où

la société peut l'utiliser librement et en son nom personnel, du prêt dans celle où la personne morale doit le restituer à la dissolution lorsque la possibilité en demeure après paiement intégral de ses créanciers et du louage de services dans les sociétés de personnes s'il est fait un apport en jouissance ou en industrie, c'est-à-dire, pour ce dernier, du travail et des capacités particulières de tel ou tel associé. Toutes les théories proposées pour rattacher la notion exclusivement à l'une de ces formes de contrat ont échoué parce qu'elles ne tenaient compte que d'un aspect du problème.

148. — Selon A. Wahl (Note sous Req., 28.1.1895, S., 1896 1.418) la loi soustrayant sans aucune restriction l'apport pur et simple au droit de mutation, nie effectivement l'existence d'une mutation. L'acte de société ne modifie pas les droits respectifs des parties sur les immeubles qui seraient apportés et tout associé est considéré, jusqu'au moment de la dissolution de la société, comme étant resté propriétaire exclusif de son apport.

149. — La jurisprudence (Civ., 27.6.1882, D. P., 83.1.170 ; Req., 1895 *précité*, Chambres réunies, 22.12.1904, D. P., 1905.1.209) a affirmé la théorie de la mutation conditionnelle. La non perception du droit de mutation à titre onéreux d'un immeuble apporté en société serait soumise à la condition suspensive que l'immeuble fasse retour au même apporteur, à la dissolution et au partage S'il est attribué, par contre, à ce moment, à un autre associé, le droit de mutation est dû *sur la valeur au jour de l'apport en société* des biens ainsi transmis d'une tête à une autre, la condition suspensive étant désormais réalisée dans le sens d'une mutation définitive. Et le droit devrait même être acquitté sur la valeur de la fraction excédentaire de ce qui reviendrait normalement au premier apporteur, encore que cet excédent représente la part du second, qui se serait retiré de la société, sa part ayant alors été acquise par l'associé attributaire de la portion supérieure de son apport initial.

150. — D'après la conception la plus moderne (Schmidt : « Influence du droit fiscal sur le droit des sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1957, p. 561), cette théorie est en complet désaccord avec celle de la personnalité morale de la société : dès l'instant où les biens sont placés à sa disposition, il faut décider qu'elle en devient le propriétaire effectif. Il est certain également que, si la jurisprudence et la loi paraissent nier les conséquences de l'existence de la personnalité morale quand il s'agit de calculer les droits dus lors du partage, cette dernière est vigoureusement invoquée chaque fois qu'il est possible d'estimer qu'un apport a été fait à titre onéreux (Trib. com. Seine, *R. E.* 1924, n° 7990, p. 342), c'est-à-dire lorsque l'administration de l'enregistrement y a intérêt.

Nous nous rallions à cette opinion : l'apport correspond à une mutation de propriété entre les associés et la personne morale, mais

une mutation qui a ses caractères propres, autres que ceux de la vente et de la donation. L'acheteur et le donateur sont des débiteurs certains du prix ou de la chose promise. La société en est, vis-à-vis des associés, créancière certaine, mais débitrice conditionnelle. Le remboursement de cette dette est soumis à la condition suspensive que la possibilité en reste encore après la liquidation et le règlement total des créanciers sociaux effectué. C'est seulement en ce sens qu'on pourrait parler d'une « mutation conditionnelle ». Mais ce caractère même de mutation ne ressort pas des termes de la loi fiscale, qui ne l'affirme ni le rejette. L'impôt est perçu, non pas à titre de droit de mutation, mais comme *un droit frappant l'acte* qui constate l'opération de l'apport en société, et variable avec la valeur et la nature des choses apportées (Wahl, n° 541).

C'est le principe directeur de la loi du 28 février 1872, maintenu dans l'article 714 du code général des impôts actuel.

SECTION II

LES DROITS DUS LORS DE LA CONSTITUTION

151. — La constitution d'une société a toujours donné lieu à la perception de droits. Mais leur taux a varié à la fois avec la conception que l'on avait de cette forme de contrat et les besoins financiers plus ou moins grands qui déterminaient le législateur à instituer l'impôt.

Sous-Section I. — Le principe de leur perception

152. — Dans l'ancien droit (Déclaration du roi enregistrée le 8 octobre 1722), on considère les contrats de sociétés comme des actes translatifs de propriété, auxquels ils sont complètement assimilés du point de vue fiscal. L'inconvénient est d'ailleurs faible. Il existe peu de sociétés commerciales, comparativement au nombre qu'elles devaient atteindre au cours du XIX^e^ siècle, et les droits de mutation sont modestes : 10 sols par 100 livres jusqu'à 10.000 livres et au-dessus, 20 sols par 1.000 livres.

La loi du 22 frimaire, an VII (art. 66) distingue pour la première fois le contrat de société de celui de vente et le grève d'un droit d'acte remplaçant le droit proportionnel par un droit fixe, d'abord de trois francs, puis élevé à cinq francs par la loi du 28 avril 1816, appliqué aux actes de sociétés qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre associés ou autres personnes.

153. — A la suite des difficultés financières consécutives à la guerre de 1870, le droit fixe sera remplacé par un droit gradué, dans les termes de la loi du 28 février 1872 :

Article premier. — La quotité du droit fixe d'enregistrement auquel sont assujettis par la loi du 22 frimaire, an VII et par les lois subséquentes les actes ci-après déterminés ainsi qu'il suit : les actes de formation et de prorogation de sociétés qui ne contiennent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre associés ou autres personnes, par le montant total des apports mobiliers ou immobiliers, déduction faite du passif.

Art. 2. — Le taux du droit est fixé à :

— 5 francs pour les sommes et valeurs de 5.000 francs et au-dessus, et pour les actes ne contenant aucune indication de sommes et valeur ni disposition susceptible d'évaluation. 10 francs pour les valeurs comprises entre 5.000 et 10.000 francs.

— 20 francs pour celles comprises entre 10.000 et 20.000 francs. Et ensuite 20 francs par fraction de 20.000 francs.

154. — La loi du 28 avril 1892 transforme le droit gradué en un droit proportionnel de 0,20 % et assimile, comme la précédente, les actes de prorogation à ceux de formation de sociétés, point de vue encore parallèle à celui du droit commercial d'alors qui, sauf clause contraire des statuts, requiert l'unanimité des associés, pour l'une et l'autre des opérations aboutissant ainsi, comme nous l'avons vu, à nier le caractère distinctif de la prorogation dans les sociétés par actions. Mais celles-ci sont encore assez peu répandues et la conception que l'on en a reste peu différente de celle des sociétés de personnes : la personne morale n'est qu'une fiction, que seul justifie le fonctionnement de l'entreprise. Le caractère contractuel de la société prédomine (Troplong, *Droit civil expliqué : Du contrat de société,* article 1866, n° 912).

Sous-Section II. — Leur mode de calcul

155. — A la constitution, le droit proportionnel adopté est calculé sur la valeur totale des apports en argent et en nature qui forment le capital nominal de la société. En règle générale, les biens sont évalués suivant les méthodes ordinaires appliquées en matière de transmission à titre onéreux. Les meubles et les immeubles sont estimés à leur valeur de vente.

156. — Le cas des apports en industrie, qui ne peut se présenter que dans les sociétés de personnes, a soulevé des problèmes difficiles : ces apports ne figurent pas au capital mais ils n'en ont pas moins pour effet — au moins théoriquement — de fournir aux

créanciers la garantie supplémentaire de la responsabilité indéfinie de l'associé apporteur sur ses biens personnels. L'administration a d'abord admis que l'estimation en devait être faite d'après la division des bénéfices, selon la règle de l'article 1853 civ. « A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eut été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté ».

Puis ils furent évalués conformément au principe de l'article 16 de la loi du 22 frimaire, an VII : si les sommes ou valeurs ne sont pas déterminées dans un acte ou jugement donnant lieu au droit, les parties sont tenues d'y suppléer avant l'enregistrement par une déclaration estimative certifiée et signée au bas de l'acte.

En cas de refus, l'administration est fondée à donner une évaluation provisoire, et à décerner une contrainte pour le montant de cette estimation (Civ., 2.7.1879, S., 1880.1.39).

157. — Des valeurs indiquées, il y a lieu de déduire le passif qui grève les biens apportés, c'est-à-dire les dettes précises et déterminées contractées à leur propos, à condition que ces dettes restent à la charge de l'associé apporteur et qu'il ne soit pas convenu que la société les acquittera. Sinon leur montant est bien déduit de la valeur de l'apport quant à la perception du droit proportionnel. Mais le droit de mutation est perçu sur la dette déduite. Par exemple, s'il y a apport d'un immeuble grevé d'hypothèques avec stipulation que la société les purgera, il a vente passive du droit de mutation à titre onéreux jusqu'à concurrence de la somme garantie par les sûretés, même si, pour le restant de la valeur, l'associé ne reçoit que des droits sociaux (Req., 24.5.1875, D., 1875.1.439).

158. — La loi du 5 juin 1850 (articles 22 et 31) soumettait en sus les actions d'une société à un droit de timbre, pour lequel elle s'abonnait en général. Celle du 13 juillet 1911 (article 8) institua, pour les immeubles apportés à la constitution, un droit de transcription s'élevant à l'époque à 1,50 %. Lors de la prorogation — et ce furent les premières différences de principe admises par le fisc entre la constitution et la prorogation de la société, ces droits n'étaient pas dus. Elle n'était pas, dans la seconde hypothèse, tenue au renouvellement de l'abonnement, car les titres nouveaux qui pouvaient être délivrés en conséquence de la prorogation et en échange des titres primitifs avaient déjà acquitté la taxe, ou bien les titres existants étaient considérés comme la continuation des titres antérieurs (Piquecry, *J. Soc.*, 1930, p. 50), et la société ne devenait pas, mais continuait par le même processus, à être propriétaire des immeubles (Maguero, *R. E.*, 5692, 1913, p. 229).

159. — Le taux de ces droits a subi de très nombreuses modifications depuis ces dernières années. Le décret-loi du 8 novembre 1948 pris en application de la loi du 31 janvier 1944 a supprimé le droit de timbre.

Celui du 30 avril 1955 (n° 55472) supprime le droit de transcription sur les apports mobiliers purs et simples et la taxe sur les formalités hypothécaires, se montant à l'époque respectivement à 2,80 % et 0,70 %, les remplaçant par une taxe de publicité foncière de 0,50 %

160. — A l'heure actuelle, il est perçu :

1° Un droit proportionnel de 1,60 % sur la valeur nette de l'ensemble des apports mobiliers et immobiliers (porté de 1,40 à 1.60 % par le décret 57288 du 27 juin 1957, *J. O.*, 28.6.1957, article 714 C. G. I.), tarif applicable depuis le 1er juillet 1957.

2° Une taxe de publicité foncière de 0,60 % (838 et 839 C. G. I.).

SECTION III

LES DROITS DUS LORS DE LA PROROGATION

161. — Le droit fiscal n'a pas respecté les qualifications du droit privé ; les prorogations de société ne devraient supporter qu'un droit fixe d'enregistrement, car elles n'impliquent aucunement, en réalité, une distribution de valeurs sociales aux associés, et il n'y a pas de changement de propriétaire, pas plus qu'en ce qui concerne les immeubles échappant de ce fait au droit de transcription et à la taxe hypothécaire.

162. — Cependant, le principe de la loi de 1872, dans la mesure où elle impose un droit d'apport, s'est maintenu formellement jusqu'à nos jours, malgré l'atténuation du décret 55-486 du 30 avril 1955 (*J. O.*, 8. 5.1955) qui a réduit de moitié le taux du droit exigible, le ramenant à 0,70 %, alors qu'il était à l'époque uniformément fixé à 1,40 % pour la constitution comme pour la prorogation.

Sous-Section I. — Les théories interprétatives de la loi fiscale de 1872

163. — Si la notion d'apport est relativement simple à concevoir au moment de la constitution et la valeur des biens effectivement mis en société déterminable, plus ou moins facilement tout au moins, il en va différemment lors de la prorogation. On se heurte alors à des difficultés d'ordre juridique et pratique. La loi de 1872 est imprécise dans ses termes, quand à ce qu'il y a lieu d'entendre par « apports » à la prorogation. Le droit est perçu à propos d'une opération qui ne suppose aucune transmission de biens meubles

ou immeubles entre associés ou autres personnes. Or, en fait, et sauf le cas où les associés utilisent cette occasion de modifier les statuts pour faire des apports nouveaux destinés à augmenter le capital social, les droits respectifs des associés et de la société sur le fonds social ne sont pas modifiés. La loi parle du « montant total des apports, déduction faite du passif ». La société a acquis un actif et un passif au cours de son fonctionnement. Faut-il imposer les apports initiaux à nouveau, c'est-à-dire le capital primitif et son augmentation éventuellement décidée, ou l'actif net présent? Les deux thèses se sont affrontées au début du XIX[e] siècle, et la seconde a triomphé rapidement. Examinons l'une et l'autre.

§ 1. — *Première théorie : seul le capital primitif et les nouveaux apports doivent être imposés*

164. — Selon A. Rigal (*Journal du Notariat*, 1897, p. 625), on ne pourrait songer qu'à réimposer les apports anciens, à leur valeur de base, et l'accroissement qu'on leur aurait volontairement donné lors de la prorogation, car la prorogation n'entraîne nullement la constitution d'une société nouvelle. La situation de la société ne subit aucun changement du simple fait de la prorogation, relativement à la propriété de l'actif social. Cette propriété continue à résider sur la tête de l'être moral, sans reposer, même un instant de raison, sur celle des associés. Les bénéfices réalisés de toutes manières et non réinvestis à titre d'apport nouveau ne sont donc pas juridiquement imposables.

165. — Houpin (« Prorogation de société », *J. Soc.*, 1903, p. 241) est également partisan de la seule imposition du capital social, car il y voit un forfait, qui représenterait l'avantage de prévenir les difficultés de l'évaluation de l'actif social, qui sont réelles : la Régie contestera les évaluations du dernier bilan si elles lui sont défavorables.

C'est encore le point de vue qui ressort du jugement du tribunal civil de Soissons (Soissons, 10.7.1901, S., 1904.2.120) :

« ... que l'article 1[er] de la loi du 28 février 1872 ne présente aucune ambiguïté, qui, si l'on s'en réfère au sens exact du mot « apports », on doit entendre exclusivement par apports les biens qui passent du patrimoine personnel de chacun des associés dans celui de la société constituée pour être mis en commun en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter... que ce sont les biens mis en commun au moment de la constitution de la société qui peuvent seuls être frappés du droit... »

§ 2. — *Deuxième théorie : il faut imposer l'actif net au jour de la prorogation*

186. — A l'opposé de Rigal, Naquet (*R. E.* 1900, art. 2421, p. 521) soutint que « la loi englobe sous le nom juridique d'apport tout à la fois les valeurs mises en commun au jour de la constitution de la société et celles dont la possession est confirmée et en quelque sorte attribuée à nouveau par les associés à l'être moral au jour où leur accord assure à celui-ci une existence nouvelle, car la prorogation entraîne la constitution d'une nouvelle société ».

Il y a là apparition de la théorie dite de « la fiction de dissolution » (repoussée antérieurement et d'une manière si expresse par Rigal) suivant laquelle, lors de la prorogation, les biens de la société reviendraient, « ne serait-ce qu'un instant de raison », aux associés pour être réintégrés aussitôt dans l'actif social et qui fut affirmée par le tribunal civil de Lille (4 juillet 1901, S., 1904.2.119), contrairement au jugement de Soissons précité :

« Comme la prorogation ne comporte pas par elle-même d'apports, il est clair que la loi fiscale, en disposant que le droit proportionnel dû lors de la prorogation est calculé sur le montant des apports, donne à ce dernier mot un sens particulier et part de la fiction que les biens faisant partie de l'actif social sont réputés appartenir aux associés et être apportés par eux à la société ».

167. — La théorie ne sera pas formellement reprise en ces termes par la cour de cassation, mais l'arrêt du 17 mars 1903 (Civ., 17.3.1903, S., 1904.1.199) dont les motifs sont basés sur une interprétation directe de la loi fiscale, confirmera les résultats pratiques auxquels avaient abouti l'exposé de Naquet et le jugement de Lille :

« Attendu que la loi survisée comprend sous le terme générique d'apports, non seulement les valeurs mises en commun lors de la constitution de la société, mais aussi tous les biens composant le patrimoine social au jour de la prorogation, que c'est en conséquence l'actif net existant à ce moment qui doit servir de base de perception à l'impôt... ».

168. — Le même principe est admis par Binet (« Acte de prorogation d'une société, Enregistrement », *Revue critique*, 1904, p. 386) qui se réfère à l'exposé des motifs et des déclarations de M. Boulanger, rapporteur de la loi de 1872 au Sénat : dans l'intention du législateur, le taux du droit gradué variera en raison des sommes ou valeurs exprimées dans l'acte imposé et qui représentent l'intérêt des parties. Comme c'est la situation du fonds social à l'époque de la prorogation qui déterminera l'intérêt particulier des associés au moment où ils consentent à la prorogation de la durée de la société, il est conforme aux intentions manifestées par le législateur de prendre comme base de liquidation la valeur de l'actif

social net au jour de la convention. La solution ne sera plus remise en question après (Trib. Seine, 29.1.1904 ; Trib. Belley, 1.4.1904, *Répertoire périodique de l'Enregistrement,* n° 10821 ; Req., 22.10. 1907, *J. Soc.,* 1908, p. 224).

169. — Si l'on réfléchit aux interprétations ou explications de la doctrine et de la jurisprudence données à la perception d'un droit d'apport en cas de prorogation, l'on s'aperçoit rapidement qu'il est encore plus difficile de rattacher l'une à l'autre ces deux notions : apport à la constitution et apport à la prorogation, que d'assimiler l'apport en société initial à la mutation pure et simple de propriété entre la société et les associés.

170. — L'imposition du seul capital initial, préconisée par Houpin et Rigal, à la valeur qui lui fut attribuée heurte manifestement la logique et les intentions du législateur. Elle n'était concevable qu'à une époque où la plupart des sociétés étaient constituées pour un temps relativement court, dans une période de stabilité économique, pendant laquelle ne risquaient pas d'apparaître entre le capital engagé et l'actif net au moment de la prorogation des différences par trop considérables. Il ne saurait en être de même aujourd'hui, et il semblerait encore plus évident qu'autrefois, devant l'extension prise par la majorité des sociétés qui se prorogent, que le fisc a voulu utiliser à son profit l'augmentation de la valeur liquidative du fonds social pour le taxer au maximum, et non revenir à des données très éloignées de la réalité actuelle. La théorie de la « fiction de dissolution », qui faisait déjà l'objet de réserves de la part de Maguero (*R. E.* 5692, 1913) est des plus discutables. Elle était admissible lorsque les points de vue du droit privé tendaient à confondre constitution et prorogation. Mais elle ne représente qu'une explication, non contenue dans le texte de la loi. Au contraire, on pourrait remarquer que, si le législateur avait entendu consacrer cette fiction, il aurait perçu en même temps que le droit d'apport, les impôts afférents à la cessation de l'entreprise, ce qui n'a pas lieu dans le cas d'une prorogation régulièrement effectuée.

171. — Comme pour la constitution, mais sur des bases plus abstraites, car il n'y a pas, en réalité, d'apports nouveaux, sauf en cas d'augmentation de capital, puisque la société continue sans se dissoudre, il faut admettre que la perception du droit attaché au fait de la prorogation est liée à la nature de cet acte même, et que l'impôt se trouve fixé par la loi fiscale en raison des sommes et valeurs qui y sont exprimées, ainsi que l'avait reconnu Binet.

Sous-Section II. — L'assiette du droit

172. — Il est établi sur l'actif net, c'est-à-dire l'actif brut, déduction faite du passif formé par l'ensemble des dettes envers les créanciers sociaux, évalué au jour où la prorogation est décidée, et non pas au jour où elle doit prendre effet, qui serait celui du terme de la société. C'est le principe posé par l'arrêt de la chambre civile du 17 mars 1903 précité, vivement critiqué par Houpin (*J. Soc.*, 1903, p. 141) : entre le jour de l'acte et la fin normale de la société, il peut y avoir plusieurs années, et dans cet intervalle, la valeur du fonds social peut augmenter ou diminuer dans de fortes proportions. Si elle a diminué, on risque alors d'étendre l'impôt au-delà de la matière imposable.

C'est la plus sérieuse des objections faites aux théories qui s'efforcent de ramener intégralement la notion de droit de prorogation à celle de droit d'apport. Mais nous avons vu qu'il ne peut s'agir que d'un droit d'acte dans les deux cas. Comme tel, il est forcément calculé d'après les éléments existants au jour où la décision en a été prise. Et il serait pratiquement impossible de connaître la valeur qu'aura l'actif net à une date éloignée, dès lors que l'on peut proroger longtemps avant terme.

173. — Quels sont les éléments d'actif pris en considération pour la perception de l'impôt ? La difficulté est de les estimer à leur valeur réelle et de leur donner la place qui leur revient, parfois autre que celle à laquelle ils figurent dans le bilan, où les deux postes : actif et passif sont toujours en équilibre car ils ne font que traduire la situation interne de l'être moral par rapport à lui-même et à un moment donné de son existence, tandis que, du point de vue de la prorogation, l'actif net est celui qui apparaîtrait au profit des associés après paiement des fournisseurs et des créanciers si la société se trouvait dissoute et liquidée.

174. — En ce sens, doivent être retenus comme faisant partie de l'actif brut :

1° Le *capital nominal*. Il figure au passif du bilan, car il représente une dette de la société. Mais c'est une dette envers les associés, dont le montant leur reviendrait en cas de liquidation et de partage, pour autant que la possibilité en demeure. Il continue donc à faire partie de l'avoir social. On ne peut pas davantage pour échapper à la taxe, invoquer le fait qu'il aurait déjà été l'objet d'une taxe lors de la constitution, formant double emploi avec celle maintenant réclamée. L'établissement de ces deux impôts résulte de deux événements différents de la vie sociale : l'un celui de la constitution, l'autre celui de la prorogation. Le premier droit fiscal primitivement perçu s'appliquait à la durée de la société au moment où l'apport originaire permettait la création de l'être so-

cial pour un laps de temps déterminé. La deuxième taxation vise la période nouvelle qui s'étend au-delà de la date de l'expiration de la société (Note sous Amiens, 27.7.1925, *R. E.*, 1927, p. 275).

2° *Les fractions de capital non encore appelées*, quand le capital nominal fit seulement l'objet d'un versement partiel, car elles n'en sont pas moins un des éléments de la mise en commun et peuvent servir de gage, si besoin est, aux créanciers sociaux. Ce sont des créances certaines de la société contre les associés débiteurs (Seine, 16.6.1905, *R. E.*, 1907.65, Cass., 22.10.1907, S., 1910.1.517 et 1.6.1908, S., 1910.1.518, *R. E.*, 1908, p. 672).

Il en serait de même pour un apport non libéré payable à terme (Le Havre, 18.5.1905, *R. E.*, 1906, p. 273).

3° *Les fonds de commerce* qui auraient été apportés lors de la constitution de la société ou à titre d'apport en nature à l'occasion d'une augmentation de capital. A leur propos, la seule valeur à retenir pour la perception du droit est celle du jour de la prorogation. On ne peut se baser sur leur valeur initiale : celle-ci a presque toujours varié, en général, dans le sens d'une augmentation, car la prorogation implique dans la plupart des cas une situation favorable de la société. Et pas davantage ne pourrait-on prendre comme référence la valeur figurant au bilan en raison des procédés comptables qui la déterminent : amortissements qui l'ont diminuée à un tel point qu'elle ne figure plus que pour mémoire, ou au contraire valorisation effectuée à une période difficile pour masquer une perte.

4° En application des mêmes principes, la valeur *des marchandises et des stocks* sera évaluée selon les cours du jour de l'acte de prorogation (Seine, 18.1 et 25.10.1901, S., 1904.2.181 ; — Lille, 28.6.1900, S., 1902.2.183).

5° Les autres éléments de l'actif, comme les *réserves*, les *créances de la société* doivent être retenus dans la détermination de l'assiette du droit proportionnel, les créances sous la réserve de la solvabilité du débiteur (Cass., 22.10.1907, S., 1910.1.517) ; les réserves en tant que constitutives de la fortune du groupement social (Cass., 2.4.1883, S., 1884.1.244).

6° Dans certains cas, les sommes inscrites au compte courant des associés.

Mais une distinction doit être faite : si les sommes sont productives d'un intérêt annuel, remboursables à vue, il y a prêt, donc dette, et le montant doit être déduit de l'avoir social ; si, au contraire, la réalisation des bénéfices est une condition du remboursement, on considère que l'avoir en compte courant est un supplément d'apport (Lille, 19.1.1906, *R. E.*, 1906, n° 4045 ; Orléans, 7.8.1906, *R. E.*, 1906, n° 4287 ; Avesnes, 18.2.1910, *R. E.*, 1910, n° 5042)

Sous-Section III. — Les problèmes soulevés par le calcul du droit

175. — Depuis le décret n° 57-728 du 27 juin 1957, art. 2 (*BA.*, 1957.1.7454, Annexe III) prenant effet le 1er juillet 1957, le taux du droit est fixé à 0,80 % de la valeur de l'actif net calculée au jour de la prorogation. Mais certains problèmes d'ordre juridique et pratique se sont posés et paraissent encore pouvoir se poser relativement à l'application de la taxe.

§ 1. — *Problèmes juridiques*

176. — Ils concernent le tarif lui-même qui va être finalement adopté dans trois hypothèses particulières :

1° Si ce tarif variait entre le jour de la décision de prorogation et celui de la présentation de l'acte à l'Enregistrement, lequel des deux taux faudrait-il choisir ? Une solution ancienne de l'Administration (28 avril 1921, *J. E.*, 31.712) avait affirmé que le tarif applicable serait celui du jour de la présentation. Cette thèse fut condamnée par un jugement du tribunal de Guéret (28 mars 1928, *J. E.*, 1929, n° 33472) approuvé par la chambre des requêtes (*Req.*, 7.12.1931, *J. E.*, 1932, n° 34423) : le procès-verbal décidant de la prorogation d'une société est un acte constatant une convention synallagmatique (art. 12 de la loi du 29 juin 1918) et se trouve par suite assujetti aux droits d'enregistrement en vigueur à la date de la délibération, et non au jour de la présentation de la formalité.

Cette précision avait un intérêt plus grand que maintenant, à l'époque, car l'enregistrement devait être réalisé dans un délai de trois mois, réduit à un mois par le décret du 30 octobre 1935. Mais au cas où une nouvelle variation du taux actuellement établi se produirait et devrait prendre effet avant un mois, la solution de la cour de cassation demeurerait valable : l'acte serait taxé d'après le tarif du jour de la résolution, dut-il être présenté postérieurement à celui de l'entrée en vigueur du nouveau tarif, pourvu que le délai d'un mois accordé pour le dépôt fut respecté.

177. — 2° Parfois, il avait été prévu déjà dans les statuts qu'à l'expiration du terme normalement fixé pour sa dissolution la société continuerait de plein droit d'exister pour une durée déterminée, à moins qu'il n'en soit décidé autrement par l'assemblée générale des actionnaires ou la collectivité des associés dans les sociétés de personnes. Il s'agissait dans ce cas d'une sorte de prorogation obligatoire, et il était admis par l'Enregistrement que la décision constatant la fin de la durée prévue et le fait de la prorogation n'est pas autre chose que l'exécution d'une clause du pacte social primitif et dès lors entraîne seulement la perception d'un droit fixe (Piquecry, *R. S.*, 1930, p. 57, Moreau, n° 1249).

L'ordonnance 59-73 ne fait pas de distinction suivant que la prorogation a été prévue statutairement ou non. Même dans la première hypothèse la question devrait être sans donte reposée aux associés, et il faudrait procéder à leur consultation. Mais il semble que rien ne soit changé au principe antérieurement appliqué, c'est-à-dire que le droit proportionnel ne serait alors pas dû.

178. — 3° Quid d'une augmentation de capital réalisée par la même assemblée que celle qui décide de la prorogation ? Il ne saurait y avoir superposition de droit d'augmentation de capital et de prorogation de société en ce qui concerne le capital nouveau (Seine, 28.4.1882, *J .Soc.*, 1883.120).

Antérieurement au décret n° 55-486 du 30 avril 1955 qui a réduit de moitié le taux du droit de prorogation (ramené à 0,70 %) par rapport à celui perçu à la constitution (à l'époque égal à 1,40 %), l'administration, tout en considérant la prorogation et l'augmentation de capital comme deux opérations juridiquement distinctes donnant chacune ouverture à un droit particulier, alors même qu'elles sont constatées dans le même acte, admettait que le droit d'apport fût perçu uniformément au taux de 1,40 % sur l'actif net, augmentation de capital y comprise. La solution était logique, les droits de prorogation et de constitution étant égaux ; à l'heure actuelle, il y aurait évidemment lieu de faire une distinction, c'est-à-dire de taxer l'actif net avant l'augmentation de capital au taux de 0,80 % et cette dernière augmentation à celui de 1,60 % à condition qu'elle soit réalisée au moyen d'apports nouveaux.

179. — Mais si elle consistait en une incorporation de réserves, comme il arrive souvent, il faudrait percevoir :

1° Le droit de prorogation de société à 0,80 % liquidé sur l'actif net social, déduction faite des réserves capitalisées.

2° Le droit d'apport majoré liquidé sur le montant des réserves incorporées au capital, au taux de 7,20 % (art. 719 C. G. I.) et de 2,4 % dans le cas de la réserve spéciale de réévaluation prévue à l'article 47 C. G. I. (*Rép. Secrétaire d'Etat au budget à M. Pelleray, député, J. O.*, 25.11.1953, *Débats A. N.*, p. 5528).

§ 2. — *Problèmes pratiques*

180. — Ils se présentent quand la décision de prorogation où les documents annexés ne fournissent aucune indication au sujet de la nature et de l'importance des biens composant l'actif social ou lorsque l'évaluation qui en a été faite est estimée insuffisante par l'administration.

Si la société ne donne aucune indication, l'administration peut procéder par voie directe et utiliser notamment pour la valeur des immeubles, de l'outillage, des marchandises en stock, des in-

dications puisées à l'extérieur et lui permettant d'évaluer exactement la valeur des biens sociaux (Cass., 22.10.1907 et note A. Wahl, S., 1910.1.513).

L'insuffisance d'évaluation de l'actif net peut être établie par les divers modes de preuve de droit commun, à l'aide de présomptions, alors même que cet actif comprend des immeubles et un fonds de commerce dont l'estimation aurait dû être contrôlée par voie d'expertise (Cass., 2.12.1946, *J. C. P.*, 1947, n° 3.499)

181. — L'article 17 de la loi du 15 novembre 1943 (1887 C. G. I.) autorise l'administration de l'enregistrement à établir, dans un délai de trois ans à compter de l'enregistrement de l'acte ou de la déclaration par tous les moyens de preuves compatibles avec la procédure spéciale en matière d'enregistrement, l'insuffisance des prix exprimés et des évaluations fournies dans les actes ou déclarations passibles du droit proportionnel ou du droit progressif.

La taxe de publicité foncière n'est pas due sur la valeur des immeubles sociaux, à moins, bien entendu, que la prorogation ne soit accompagnée d'un apport d'immeubles.

SECTION IV

LE DIVORCE ENTRE LE DROIT FISCAL ET LE DROIT PRIVÉ

182. — En définitive, nous arrivons à cette constatation : le droit fiscal a été obligé de tenir compte dans une certaine mesure du fait de la prorogation et de ses conséquences, différentes de celles de la constitution. Il s'est incliné partiellement et progressivement devant l'évolution de la notion de personnalité morale. Mais ses solutions ne peuvent encore se raccorder logiquement à celles du droit privé. Dans ce dernier, la décision de proroger est dépendante de la perspective d'un événement inéluctable : l'arrivée du terme. En droit fiscal, celle-ci n'est pas le fait générateur de l'impôt. Le fait générateur y est la présentation de l'acte exprimant la volonté des associés de continuer la société au-delà de la date fixée initialement pour son expiration. Mais cette résolution est susceptible de se manifester à tout moment de la vie sociale. L'ordonnance 59-73 accentue ce caractère en prescrivant une prise de position un an au moins avant la fin de la société. C'est un délai minimum établi en arrière du terme, mais il n'existe pas d'autre délai fixe ou fonction de la durée choisie, partant de la date de constitution et qu'il faudrait respecter avant de procéder à la prorogation, décision que les associés ont la faculté de prendre bien antérieurement à l'année de la fin de l'être moral. (Dans l'affaire tranchée par l'arrêt de la cour de cassation du 17 mars 1903 précité (Civ.,

17.3.1903, S., 1904.1.199), la prorogation avait été décidée sept ans avant l'arrivée du terme), rapidement même après la constitution. Dans l'optique fiscale l'existence du terme ne joue plus alors aucun rôle : la prorogation y apparaît moins comme l'expression de la volonté d'une personne morale désireuse de sauvegarder son existence que sous l'aspect d'un acte hybride, tenant à la fois d'une modification statutaire ordinaire et de la constitution d'une société nouvelle, puisque l'actif net présent, qui serait réparti entre les associés s'il y avait dissolution reste imposé même à moindre tarif, comme s'il devait représenter un apport nouveau.

TITRE II

LES CONSÉQUENCES DE LA POURSUITE IRRÉGULIÈRE DE L'ACTIVITÉ SOCIALE AU-DELA DU TERME STATUTAIRE

183. — Nous avons vu quelles difficultés juridiques et pratiques sont liées au problème de la prorogation, même lorsqu'elle est décidée avant l'expiration de la société. Il nous faut étudier maintenant ce qui se produit dans le cas où, aucune mesure n'ayant été prise au sujet de la poursuite ultérieure de l'être moral, les associés continuent l'exploitation sans tenir compte de l'arrivée du terme qui a mis fin au contrat les unissant.

De cette carence résulte une série de conséquences dont les unes atteignent la société elle-même globalement considérée, les autres les administrateurs qui avaient reçu individuellement la responsabilité de sa direction.

Nous serons ainsi conduits à envisager sucessivement :

1° La situation qui devait devenir normalement celle de la société à l'échéance du terme, c'est-à-dire le principe du maintien de sa personnalité morale pour les besoins de sa liquidation.

2° Cette liquidation n'ayant pas été déclarée, les conséquences en droit privé de la continuation de l'entreprise.

3° Les conséquences en droit fiscal.

4° Les sanctions encourues par les administrateurs et les gérants.

CHAPITRE I

LE MAINTIEN DE LA PERSONNALITÉ MORALE POUR LES BESOINS DE LA LIQUIDATION

184. — Une première question se pose à l'esprit et ses composantes doivent être examinées, si l'on veut essayer de reconnaître la frontière s'établissant entre un comportement qui resterait licite de la part de la société, même après terme, et celui qui deviendrait irrégulier à partir de ce moment : quelle valeur, dont découlent ses possibilités d'action indépendante, conserve en soi la personnalité morale à l'égard du pacte social non renouvelé ?

Parvenue à son terme, la société est considérée comme dissoute de plein droit ; elle finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée (1865 civ.). Mais il est indispensable, d'une part d'achever les opérations commencées antérieurement, d'autre part de réaliser celles qui ont pour but de conduire au règlement des créanciers et au partage de l'actif net restant entre les associés. Ainsi la société doit-elle conserver une certaine cohésion, ce qui entraîne le maintien de la personnalité morale et de ses effets pendant le temps nécessaire à la liquidation.

Ce principe fondamental du droit des sociétés est appliqué dans la plupart des législations, soit exprimé sous forme légale (Allemagne, Argentine, Belgique), soit revêtant, comme en France, un caractère coutumier.

SECTION I

LA NÉCESSITÉ PRATIQUE DU PRINCIPE

185. — Elle a un double fondement :

1° *L'intérêt des associés :* c'est une garantie contre l'abandon subit des affaires en cours et des responsabilités dérivant des dettes sociales. Les associés auront un droit sur l'actif qui apparaîtra

après le paiement de ces dettes. Ce droit doit pouvoir être exercé dans les conditions les plus favorables et ne peut se trouver compromis par la situation anarchique qui résulterait de la cessation du contrôle des agissements de la société. Ainsi en décida en ces termes l'arrêt de la cour de cassation du 29 mai 1865 (Req., 29.5. 1865, S., 1865.1.323) :

« ... que la force des choses veut qu'il en soit ainsi pour les nécessités de sa liquidation, qu'elle deviendrait impossible si on admettait que, par l'effet de sa dissolution, la communauté prend la place de la société dissoute et que les droits privatifs et individuels des anciens associés devenus de simples communistes, sont substitués ou superposés aux droits exclusifs de la société... »

Ce principe fut, en France, constamment réaffirmé par la doctrine et la jurisprudence (Hémard, 2e éd., n° 177, Seine, 25 5.1907, *R. E.*, 1907, p. 574 ; Montpellier, 8.2.1933, *J. Soc.*, 1933, p. 428 ; Cass. Com., 25.1.1956, *Bull. cass.*, 3e p., n° 38).

2° *L'intérêt des créanciers.* Selon Bastian (*J. Soc.*, 1937, p. 1) il l'emporte de beaucoup sur celui des associés, car « ils ont acquis sur le patrimoine social un droit de gage exclusif dont aucun événement ultérieur ne saurait les dépouiller ».

Exprimé sous cette forme, le motif invoqué nous semble devoir être nuancé : la liquidation n'a pas pour effet de faire acquérir aux créanciers un droit qu'ils ne pouvaient perdre, puisqu'il avait sa source dans le contrat constitutif de la société. Il serait plus exact de déclarer que ce droit doit pouvoir être respecté et éventuellement défendu, encore plus efficacement que celui des associés. Il est donc indispensable, à ce double titre, que sa portée pratique et son utilité ne risquent plus d'être remises en question par des opérations hasardeuses. Il faut que la société conserve des représentants légaux l'incarnant et que l'on puisse atteindre par toutes voies de justice si besoin en est. Ceci suppose le maintien d'une administration, d'un siège social et du capital, c'est-à-dire des éléments à travers lesquels la personne morale se manifeste.

SECTION II

LES THÉORIES EXPLICATIVES DU PRINCIPE

186. — 1° *La fiction.* Malgré la persistance des effets de la personnalité morale pendant la phase liquidative, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence considère que son maintien ne correspond plus qu'à une fiction : la société n'existe plus en fait, mais elle est censée se prolonger afin de permettre l'achèvement des dernières opérations sociales (Bastian *précité*, Houpin et Bosvieux, tome 1, n° 276 ; Thaller et Pic, n° 614 ; Rousseau, *Sociétés*, n° 701 ; Civ., 12.2.1890, S., 1891.1.231 ; Req., 28.7.1896 et 3.1.1900, S., 1900.1.391 ; Paris, 15.7.1935, *Gaz. Pal.*, 1935.2.534).

187. — 2° *Le changement d'orientation.*

Cette idée de fiction est combattue par Copper-Royer (4e éd., tome 4, n° 647) : la société a simplement changé d'orientation. Ses représentants légaux ont reçu le mandat de mobiliser ses valeurs actives et d'en préparer le partage sans pouvoir faire courir aucun risque nouveau aux associés. La personnalité morale subsiste donc à tous points de vue, tant qu'on ne l'utilise pas pour entreprendre des opérations nouvelles.

C'est également la conception de Jean Copper-Royer (note sous civ., 16.6.1952, D., 1953.509) qui remarque l'opposition existante entre la thèse de la « fiction », avancée à propos de la prétendue survie de la personnalité morale lors de la liquidation et la définition que donne du terme le doyen Geny : « la transformation d'une réalité sociale, au pouvoir de l'esprit, en vue d'un règlement de droit » (*Science et Technique en droit privé*, tome 3, n° 241, p. 367). La survie apparaît ici, au contraire, comme une « limite à un concept juridique pour atteindre la réalité ».

L'argument a certes de la force dans l'ordre pratique, car c'est précisément à la liquidation que s'extériorisent le plus nettement les effets de la personnalité morale, l'importance qu'elle a acquise, les conséquences tangibles de son existence. Et dans le cadre des théories qui verraient déjà en elle *a priori*, une fiction, il faut avouer que l'esprit concevrait difficilement ce que pourrait être la fiction d'une fiction...

188. — 3° *L'atténuation.*

La personnalité morale subsiste mais elle est atténuée dans un état voisin de celui qui se présente lors de la période constitutive (M. de Juglart, note sous trib. Nice, 28.2.1938, S., 1939.2.97). La société serait encore dans une situation quelque peu semblable à celle issue du divorce d'un couple. Si le mariage crée une sorte de société, on doit reconnaître que l'être moral survit là aussi pour les besoins de sa liquidation. La femme exerce ses reprises à titre de créancière et non de copropriétaire (arrêt Moinet Ch. réunies, 16 1.1858, S., 1858.1.9) dans l'association conjugale.

189. — A notre avis, la continuation de la personnalité morale dans le cas considéré ne peut être caractérisé totalement ni par une fiction, ni par un changement d'orientation, ni par son atténuation, dans le sens qu'attribue à ce mot M. de Juglart. Elle subsiste avec toutes ses prérogatives précédentes. Mais elle ne vit plus désormais que sur l'impulsion acquise au moment du terme. L'arrivée de ce dernier ou la cause de la suspension du contrat, joue vis-à-vis des activités sociales postérieures un rôle assez comparable à celui du frein qui arrêterait la marche d'un train porteur des intérêts des créanciers et des associés. Lorsque le coup de frein intervient par le jeu du contrat, l'arrêt ne peut être immediat. Mais la poursuite du trajet restant à parcourir, qui dépend de l'élan antérieur, peut et doit toujours être réglée de manière

à éviter un déraillement et à rendre possible un déchargement final, qui correspondra à la répartition du contenu transporté, selon les droits respectifs des intéressés à l'accomplissement du voyage...

SECTION III

LA DIVERSITÉ DES OPÉRATIONS PERMISES

190. — Elles sont encore très nombreuses. Leur domaine et le temps qui pouvait leur être accordé se sont accrus depuis l'arrêt de 1865 précité, qui déclarait que la société en liquidation ne peut plus « vendre, acheter, faire le commerce ». Cette extension est corrélative de celle des sociétés ayant pris une importance et une durée de plus en plus grande, et dont la liquidation s'étend parfois sur plusieurs années.

191. — Le domaine des opérations permises dépend évidemment aussi de la conception plus ou moins large que l'on a de la valeur et de la persistance de la personnalité morale après l'événement générateur de sa dissolution. Pour certains, il dépend également de la cause qui a provoqué la dissolution (Collin, *Rev. trim. dr. des sociétés et du dr. financier,* 1937, p. 149-175). D'une manière générale, tous les auteurs, même ceux qui considèrent le maintien de la personnalité morale comme une simple fiction, estiment que sont licites vis-à-vis des associés et vis-à-vis des tiers tous les actes ayant pour effet d'aboutir à une meilleure liquidation. C'est à ce titre qu'il est permis, maintenant, d'entreprendre de nouvelles affaires dans la mesure où leur prise en charge est justifiée par l'obtention d'un boni de liquidation plus conséquent et où il ne peut être porté préjudice aux droits des divers ayants cause de la société.

Le liquidateur peut ainsi continuer l'exploitation de l'établissement commercial ou industriel de la société pour en maintenir la valeur jusqu'au moment où il sera vendu (Houpin et Bosvieux, tome 1, n° 282 ; Trib. civ. Seine, 13.7.1883, *R. S.*, 1883, p. 735) et même l'étendre, s'il le juge utile, au moyen d'affaires sans lesquelles la valeur du fond diminuerait (Trib. com. Le Havre, 21.9. 1904, *J. Soc.*, 1906, p. 111).

Si la société a cessé d'exister pour l'avenir, elle peut vendre pour liquider, accepter de nouvelles commandes afin d'utiliser son stock de matières premières, acheter d'autres matières premières pour exécuter une commande passée avant la dissolution.

192. — La société peut aussi, à l'égard des associés, tenir des assemblées modificatrices des clauses statutaires qui règleraient le partage (Bosvieux, *J. Soc.*, 1926, p. 449), augmenter ou dimi-

nuer le nombre des liquidateurs prévus dans les statuts, étendre ou restreindre leurs pouvoirs statutairement dévolus, changer le mode de liquidation préalablement choisi, autoriser la répartition en nature de quelques éléments de l'actif, autoriser l'apport de l'ensemble ou d'une partie des biens sociaux, soit à une société nouvelle qui succèderait à la société dissoute, soit à une autre société avec laquelle elle viendra fusionner. Et inversement, si l'apport de l'actif brut ou net à une autre société a été prévu, une nouvelle décision annulant la précédente pourra prescrire la transformation de l'actif en espèces liquides. En vérité, qu'il s'agisse des relations de la société avec les tiers ou des rapports des associés, soit entre eux, soit avec la société, il ne semble pas possible de donner une formule générale indiquant quels sont les actes qui se rattachent à la liquidation et pour l'accomplissement desquels, par conséquent, la société continue à être tenue pour un être indépendant des associés. C'est une question de fait (Bastian, *précité*).

CHAPITRE II

LES CONSÉQUENCES EN DROIT PRIVÉ DE LA CONTINUATION SANS LIQUIDATION

193. — La société procédant aux actes normaux qui découlent de la liquidation ou sont destinés à en améliorer les conditions n'est donc pas fautive, et elle dispose alors d'un rayon d'action actuellement si large qu'il n'est pas possible, comme nous l'avons vu, de lui assigner *a priori* des limites.

194. — Mais cette phase ultime de son existence doit être portée à la connaissance des tiers, et il faut qu'il soit procédé effectivement à la nomination d'un ou plusieurs liquidateurs. S'il y a eu dissolution anticipée, l'acte la constatant est déposé au greffe du tribunal de commerce dans le mois qui suit la décision, selon les prescriptions de l'article 59 de la loi de 1867 (décret-loi du 30 octobre 1935) et dans tous les cas, même lorsque la dissolution n'est que la conséquence de l'arrivée du terme, il est obligatoire, dans le même délai d'un mois, de la publier dans un journal d'annonces légales, avec les noms, adresses et pouvoirs des liquidateurs institués, principe plus sévère que celui appliqué par la jurisprudence antérieure au décret de 1935, qui admettait suivant les motifs de l'arrêt de cassation du 30 octobre 1918 (Civ. cass. D., 1923.1.101) que « lorsqu'une société prend fin par l'arrivée du terme fixé dans l'acte constitutif pour sa dissolution, les associés sont admis à se prévaloir de cette clause à l'encontre des tiers, pourvu qu'elle ait été régulièrement publiée ; qu'il n'est pas nécessaire que la dissolution leur ait été, en outre, notifiée, les tiers étant présumés connaître les statuts sociaux du moment que les formalités destinées à les rendre publics ont été observées ».

195. — La faute de la société apparaît dès qu'elle continue ses activités sans avoir accompli ces actes et formalités, et cette faute est d'autant plus grave qu'elle entreprendrait de nouvelles opérations non justifiées par les besoins d'une saine liquidation et té-

moignant, au contraire, de la volonté de se poursuivre sur le même élan que précédemment.

Elle agit dès lors en tant que société *irrégulière,* ou société *de fait,* suivant les cas et avec les nuances introduites à ce propos par les divers auteurs, et tout intéressé peut en demander l'annulation comme être moral, entraînant automatiquement sa dissolution et sa liquidation (Hémard, n° 463).

196. — Les conséquences seront d'autant plus étendues que l'être moral avait atteint une autonomie et une complexité plus grandes. Au cours de la vie sociale, il pouvait résister victorieusement — au moins en sa qualité d'entité juridiquement reconnue — aux assauts de ceux qui auraient eu intérêt au partage de ses biens et à sa disparition. Il est maintenant dépourvu de l'armure protectrice constituée par le contrat qui l'avait imposé, et désormais à la merci des adversaires éventuels de sa continuation.

SECTION I

LES INTÉRESSÉS A POURSUIVRE L'ACTION EN NULLITÉ

Sous-Section I. — Les principes généraux

197. — L'annulation de la société irrégulièrement constituée est assimilée par la loi et la jurisprudence, à celle encourue dès l'origine pour un vice de constitution ou un défaut de publicité, quant à ses effets et aux personnes qui peuvent la demander, tel est le principe qui ressort du rapport de M. Derode (« Des conséquences de la nullité des sociétés de fait et des sociétés irrégulièrement constituées en ce qui concerne la responsabilité des associés et les droits des créanciers sociaux », *Revue pratique de législation et de jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine,* 1936, p. 197) : « La distinction entre la *société de fait,* qui serait la coopération instituée entre plusieurs personnes sans qu'aucun acte la constatant ait été dressé ou publié et la *société irrégulière,* qui serait celle dont l'acte ou les formalités de constitution seraient entachés de *quelque vice propre à en faire prononcer la nullité* ne présente aucun intérêt *dans la pratique.* Devant la jurisprudence, la société annulée pour irrégularités de constitution ou l'association reconnue pour n'avoir été qu'un pur fait doivent être traitées de la même manière... nous ne distinguons pas, ici, entre sociétés de pur fait et sociétés annulées pour irrégularités ».

198. — Au premier abord, la solution semblerait quelque peu surprenante. A la constitution, les formalités imposées le sont essentiellement dans l'intérêt de ceux qu'il faut renseigner d'une

manière exacte sur les modalités du fonctionnement de la société. C'est à ce titre qu'Hémard (n° 437) refuse de considérer comme « intéressés » les débiteurs sociaux, les créanciers personnels des associés, et même l'administration fiscale. La faculté de se prévaloir de la nullité doit être appréciée en se référant au but juridique de la condition ou de la règle violée. Or, on peut dire que le but juridique de toutes les règles édictées par la loi est d'informer les associés, les futurs créanciers sociaux, en un mot tous ceux qui vont traiter directement avec un être moral déterminé, des traits principaux de ce dernier. Toute possibilité de crédit est basée sur la confiance et la connaissance des ressources et des moyens d'action de celui avec qui l'on contracte. Il est, par conséquent, indispensable d'avoir la garantie de l'existence de ces moyens et de leur étendue.

199. — Lorsque la société a déjà fonctionné dans un cadre régulier, la situation, envisagée de ce point de vue, n'est plus la même : on sait désormais à qui l'on a affaire. Et si l'entreprise continue après son terme normal — à condition qu'il n'ait été apporté aucun changement aux clauses antérieurement publiées concernant le mode d'exécution d'un objet resté identique et les ressources sociales qui assurent cette exécution — ni les tiers, ni les associés ne devraient pouvoir fonder leur action en nullité sur l'ignorance qu'ils auraient eue de certaines dispositions.

Cependant, le risque encouru par eux, pour avoir changé de nature, est encore plus grand. L'organisme, à l'existence duquel leurs intérêts sont attachés plus profondément qu'à ses débuts, est juridiquement disparu, et il n'existe pas, comme nous le verrons, des possibilités de régularisation de la société analogues à celles offertes à la suite d'une constitution défectueuse. Ses ayants cause n'ont plus à obéir à la loi d'un contrat dont ils peuvent, à leur gré et selon leurs positions personnelles à l'égard de la société, invoquer la suspension. Ils se trouvent donc totalement à la merci réciproque les uns des autres, tandis que leur cercle s'est étendu depuis la constitution. La doctrine et la jurisprudence déclarent qu'ils comprennent toutes les personnes ayant un intérêt juridiquement légitime à se prévaloir de la nullité, sans d'ailleurs avoir à justifier d'un préjudice (Pont, n° 1246 ; Lyon-Caen et Renault, n° 224, 4e éd., ; Houpin et Bosvieux, n° 635, 6e éd., ; Poitiers, 31.3.1924, *J. Soc.*, 1926, p. 273). Selon Arthuys (*Traité des soc. com.*, 1906), il faut se rattacher par un contrat à la société viciée, directement comme associé, ou indirectement comme ayant cause d'un associé. C'est également la solution la plus récente donnée par la cour de Paris (5.7.1954, D., 1954, p. 706), posant comme principe que le demandeur en nullité d'une société doit justifier d'un intérêt non seulement pécuniaire, mais d'ordre juridique même lorsque la nullité invoquée est la conséquence de la violation d'une règle d'ordre public, ce qui rend irrecevable la demande en nullité d'une société formée par un tiers sans rapport avec cette société et

se bornant à établir que l'activité de cette dernière lui est préjudiciable.

Sous-Section II. — Les intéressés dans les sociétés de personnes et les S. A. R. L.

1° *Les associés.*

200. — Ils ont, quelque soit leur condition juridique dans la société à laquelle ils appartiennent, intérêt à ne pas rester dans une entreprise qui peut être dissoute à tout instant, fait générateur d'insécurité financière.

Par ailleurs, la non cessibilité des parts ou les restrictions qui l'entravent les empêchaient de bénéficier de l'existence de l'actif immobilisé. Le partage qui suivra la dissolution peut être pour eux le seul moyen d'obtenir effectivement la fraction définitive qui leur revient du profit collectif réalisé.

Les associés en nom et les commandités ont en outre un intérêt supplémentaire considérable à la dissolution, pour peu qu'ils estimeraient la situation sociale douteuse : la suspension de leur responsabilité indéfinie envers les créanciers, dont la prescription quinquennale ne court qu'à partir du moment où la publication de la dissolution a été faite (Civ., 2.3.1897, *J. Soc.*, 1897, p. 262 ; Gabolde, *J. C. P.*, éd. C. I., 1943, *Doctrine*, n° 357).

Et l'associé qui demande la nullité de la société irrégulière a toute liberté : il exerce une action d'ordre public, à laquelle il ne saurait renoncer à l'avance par une clause prévue dans le contrat de constitution. Il ne peut donc être condamné à des dommages et intérêts envers ses coassociés ou la société pour avoir usé de cette faculté (Civ., 1.2.81, D., 1882, p. 21 ; Pau, 29.6.1954, *Gaz. Pal.*, 1954, I, p. 281).

Le gérant de la société lui-même, qui la représente, et dans les cas rares où il n'aurait pas la qualité d'associé, peut demander la nullité, s'il estime qu'elle est de l'intérêt de ses mandants (Pic, tome 1, n° 447 ; Lacour et Bouteron, *Précis de droit com.*, 8e éd., 1925, tome I, n° 279).

2° *Les créanciers sociaux.*

201. — Lorsque la nullité de la société de personnes est encourue pour défaut de publication à l'origine, les créanciers sociaux peuvent avoir intérêt à la demander dans le cas où il y aurait des commanditaires dont ils ignoraient la situation entraînant limitation de leur responsabilité. Le droit de gage exclusif sur le patrimoine social va disparaître, mais la responsabilité indéfinie qui pèse sur les commandités va s'étendre aussi aux commanditaires. Les créanciers verront donc s'élargir le domaine possible ouvert

à leurs poursuites, et d'une manière avantageuse, si le capital constitué était faible.

202. — Quand la nullité résulte d'un défaut de prorogation, la situation prend un autre aspect. Les statuts primitifs sont connus, les positions respectives des associés précisées et dans ce cas, même la nullité déclarée après terme ne pourrait avoir pour résultat nécessaire de transformer la société en commandite simple en société en nom (Hémard, n° 402). Elle continuera à valoir comme commandite entre associés et à l'égard des tiers. En outre, le droit de gage des créanciers sur le capital social est un fait maintenant acquis. Et l'on pourrait enfin presque soutenir que les créanciers sociaux ont été avertis de l'arrivée du terme par la publicité donnée aux statuts : ils ont donc traité avec l'entreprise en connaissance de cause, aux risques et périls d'une dissolution prochaine... Mais ils ont pu aussi logiquement penser que, si la société contractait certaines obligations, c'est qu'elle avait la possibilité de les exécuter dans un cadre contractuel régulier, lui assurant une situation stable, laquelle supposait donc une prorogation en temps utile. Il n'en est plus de même quand celle-ci n'ayant pas eu lieu, la société continue « au jour le jour » jusqu'à ce qu'un intéressé fasse annuler cette continuation (Thaller et Pic, *Des Soc. com.*, 1907, tome 1, n° 338).

203. — Cependant si l'affaire marche bien, les créanciers auront, en général, plus d'intérêt au maintien de la société qu'à sa disparition. Ils seront payés plus sûrement que dans l'hypothèse où elle viendrait à être mise en difficulté par suite d'une liquidation forcée. Mais si elle commence à prendre un tour incertain, ils auront au contraire intérêt à agir rapidement, quand ils craindront que le passif social n'augmente, fait de nature à diminuer leurs chances d'être payés.

3° *Les créanciers personnels des associés.*

204. — Ils n'ont certes pas la qualité d'ayants cause de la société, n'étant liés directement à elle par aucun contrat. Néanmoins, ils peuvent justifier d'un intérêt pécuniaire légitime à demander sa dissolution lorsque la possibilité s'en offre à eux à la suite de l'irrégularité de son fonctionnement et qu'ils ont par ailleurs des motifs de craindre de ne pas être payés intégralement sur les biens non investis de leur débiteur. L'augmentation éventuelle du passif social est de nature à leur nuire par les répercussions qu'elle aurait sur l'actif du débiteur, solidairement responsable avec ses coassociés des dettes de la société. Si l'actif de cette dernière est insuffisant pour les acquitter, elle sera en faillite et les créanciers sociaux viendront en concours avec les créanciers personnels de chacun des associés, eux-mêmes en faillite, dans la mesure de leur solvabilité personnelle et sur l'ensemble des biens dont ils

disposent. Le dividende de faillite attribué à chacun de ces divers créanciers sera d'autant plus faible que l'activité prolongée de l'entreprise aurait eu pour conséquence d'accroître le nombre et les droits de ses créanciers propres. Il faut donc éviter ce risque en arrêtant cette activité au plus vite.

Dans d'autres cas, la société est prospère, mais l'associé débiteur n'a pas d'autres ressources apparentes que la part qui lui reviendrait dans un partage de l'actif net de celle-ci parvenue à son terme, ou ses ressources sont insuffisantes pour couvrir le montant des dettes. Les créanciers personnels auront alors l'avantage à se prévaloir de la dissolution pour se payer sur ladite part.

205. — C'est pourquoi la doctrine et la jurisprudence reconnaissent aux créanciers personnels des associés le double droit de poursuivre la nullité de la société devenue irrégulière, suivant qu'ils empruntent à leurs débiteurs la propre action en nullité qu'ils pourraient intenter et la font jouer à leur profit par la voix oblique (1.166 civ.) ou qu'ils invoquent directement leur qualité d'intéressés.

206. — Choisissant la voix oblique, ils n'auront jamais plus de droits que leur débiteur à l'égard des créanciers sociaux. Mais ils peuvent avoir intérêt à adopter ce mode d'action quand la société a prospéré et surtout si, dans la répartition des bénéfices, le débiteur devait, au terme des statuts, recevoir une part plus grande que celle qui lui serait échue en tenant compte de la proportionnalité des apports (Lyon-Caen et Renault, 4e éd., tome 2, n° 229 ; Pic, tome 1, n° 295 ; Paris, 4.1.1899, *J. Soc.*, 1899 p. 41). Ils n'auront pas à subir le concours des créanciers sociaux sur les autres biens personnels des débiteurs, puisque l'actif de la société, par définition « *in bonis* », est supérieur à son passif et lui permet de faire face à la totalité de ses engagements.

207. — Par contre, si la situation est précaire, ils ont avantage à agir par la voie directe, plus simple, ou si la continuation irrégulière a été suivie d'apports nouveaux (Thaller et Pic, n°338, tome 1). L'annulation de la société prononcée après terme entraînerait non la perte du droit de gage des créanciers sociaux sur le capital antérieurement constitué, mais la nullité des actes postérieurs ayant pour objet de l'augmenter. Mais demandée par un associé ou un de ses créanciers empruntant son action, les effets de cette nullité resteraient inopposables aux créanciers sociaux tandis que le créancier personnel agissant en son nom, peut obtenir la rentrée dans le patrimoine de son débiteur des apports nouveaux que celui-ci aurait fait irrégulièrement à la société annulée depuis la survenance de son terme, et à l'encontre des créanciers sociaux qui verraient ainsi disparaître leur droit de gage exclusif sur l'augmentation de capital indûment consentie.

Sous-Section III. — Les intéressés dans les sociétés par actions

208. — Leur nombre peut être beaucoup plus grand et variable car les entreprises qui ont adopté cette forme sont, en général, plus étendues. La négociabilité des titres divers émis fait qu'il est pratiquement impossible de savoir, à un moment donné de la vie sociale, quel va être l'effectif des intéressés liés directement ou indirectement au sort de la société, qui apparaît donc encore plus compromis que précédemment.

1° *Les actionnaires.*

209. — Comme les associés des sociétés de personnes, ils peuvent légitimement prétendre à ne plus vouloir rester dans une société dont la poursuite, et en conséquence les perspectives financières sont devenues aléatoires. Mais leur avantage effectif à demander la nullité est bien moins évident. Leurs titres demeurent négociables (Hémard, n° 431), et ils ont ainsi la possibilité de se dégager de l'organisme auquel ils ont apporté leurs fonds. Ils ne sauraient être menacés par la prolongation d'une responsabilité indéfinie qui n'a jamais existé entre eux. Enfin, l'introduction d'une action en dissolution est susceptible de faire baisser la valeur en bourse des titres s'ils sont cotés, voire de les rendre invendables, si la nouvelle s'en répand, ce qui a rapidement lieu dans le monde des affaires.

Et cependant, l'action en nullité est une prérogative attachée aux titres eux-mêmes, comme action sociale. Tout actionnaire, quelque soit le nombre qu'il en possède, peut l'exercer contre les tiers, les créanciers sociaux, les obligataires (Trib. com. Le Mans, 26.12.82, *J. Soc.*, 1883, 174). Peu importe qu'il ait ou non effectué la totalité des versements sur ses actions, sauf s'il a déjà été l'objet d'une exécution en bourse (Req., 23.12.85, D., 1886.1.261).

De même que pour les associés en nom ou les commandités, la faculté pour un seul actionnaire de demander l'annulation de la société, désormais de fait, à laquelle il appartient est d'ordre public. Elle ne peut donner lieu de la part de la société à une action en dommages-intérêts, ni être suspendue pour une clause prohibitive des statuts (Hémard, n° 447), ni même par une clause de préavis (Civ., 20.12.1911, S., 1914.1.81). Le système français est particulièrement rigoureux (l'art. 2289 du code civ. italien permet simplement le retrait des associés d'une société de capitaux irrégulière, mais ceux-ci ne peuvent obtenir la dissolution) et ne se comprend en fait que dans les sociétés de personnes. Aussi doit-on considérer davantage cette action en nullité comme une sanction contre la société que comme une garantie accordée aux associés et aux tiers.

2° *Les créanciers sociaux.*

210. — L'irrégularité de la société est de nature à leur nuire en pouvant l'arrêter à tout moment dans le cours de son développement. Ce que nous avons dit de leur situation à propos des sociétés de personnes s'applique. Ils ont d'ordinaire plus d'intérêt à la validité qu'à la nullité de la société par actions, sauf dans le cas où ils voudraient se dégager de certaines obligations à long terme ou quand ils réunissent les conditions requises pour agir en responsabilité contre les administrateurs (Lyon-Caen et Renault, 5° éd., tome II, n° 781 ; Pic, tome II, n° 984).

3° *Les créanciers personnels des actionnaires et des commanditaires.*

281. — Ils ne sont jamais liés à la société d'une manière permanente, même indirectement par l'intermédiaire du sort des actionnaires, puisque ceux-ci peuvent changer librement et constamment dans leur nombre et leur composition. On ne peut donc accorder éventuellement à ces créanciers que la poursuite de la nullité par voie oblique. Et la possibilité de le faire ainsi que l'avantage en résultant ne sont ici que très relatifs. Il est plus facile de savoir qu'une personne est membre d'une société en nom ou même d'une S. A. R. L. que de connaître la composition du portefeuille de titres qu'elle détient. Et l'action est tout à fait impossible si ces titres sont au porteur. Pratiquement, ce n'est que dans l'hypothèse où il serait de notoriété qu'un actionnaire a engagé la plus grande partie de sa fortune dans une société tombant sous le coup d'une annulation que l'action pourrait être intentée avec un certain profit, si la négociabilité était, non empêchée, mais entravée par des clauses statutaires particulières et que la nullité put avoir pour conséquence de faire rentrer dans l'actif du débiteur des capitaux ou autres objets par lui apportés dans la société irrégulière (Civ., 23.7.89, S., 91.1.212). Sinon, l'action se heurterait à deux obstacles majeurs : la difficulté de déterminer l'appartenance de l'actionnaire à la société, et la rentrée minime d'argent qui s'ensuivrait.

4° *Les porteurs de parts de fondateurs.*

212. — Ils peuvent avoir intérêt à la liquidation quand les statuts leur attribuent un pourcentage dans les réserves accumulées, ce qui est du reste le cas général. Mais cet intérêt reste limité, comme pour les actions, par la négociabilité des titres, et il dépend des mêmes facteurs. Par contre, si leur droit de participation aux bénéfices doivent s'éteindre avec la dissolution de la société, celle-ci ne pourrait que leur nuire ; une demande en nullité n'aurait d'autre intérêt que de permettre la mise en cause de la responsabilité des administrateurs ayant laissé s'accomplir la disparition de la société et leur poursuite en réparation du préjudice subi.

5° *Les obligataires.*

213. — Ils forment une catégorie particulière de créanciers sociaux, mais leur position est presque toujours privilégiée par rapport à celle des créanciers ordinaires, soit qu'ils bénéficient d'hypothèques sur les immeubles sociaux, soit que l'emprunt ait été garanti par la caution d'une ou plusieurs autres sociétés Leur situation est donc, en principe, mieux assurée. Mais l'intérêt à poursuivre l'annulation de la société peut apparaître quand leurs titres ne sont pas encore libérés (Seine, 26.7.1889, *R. S.*, 1889, p. 508; 25.6.1890, *R. S.*, 1890, p. 427). Ils peuvent alors refuser de libérer leur part, parce que la solvabilité de la société dissoute dans ces conditions est réputée amoindrie. Or, l'amoindrissement de la solvabilité de l'emprunteur autoriserait le prêteur à lui réclamer le remboursement des sommes déjà versées. Par suite, il se produirait une compensation entre deux dettes exigibles.

SECTION II

LES EFFETS DE LA DÉCLARATION DE NULLITÉ

214. — Le jugement prononçant l'annulation ordonnera en même temps la liquidation de la société irrégulièrement continuée. Il a un caractère essentiellement constitutif (Hémard, n° 473, Moreau, n° 448). Jusqu'à ce que sa nullité ait été prononcée, la société doit être considérée comme ayant valablement fonctionné dans le passé, non seulement jusqu'à la date normale de son expiration, mais comme société de fait, dans la période qui s'est écoulée depuis l'arrivée du terme, correspondante à sa poursuite en dehors de la prorogation légalement nécessaire.

215. — La nullité de la société aboutit à la liquidation pure et simple de l'actif social sur la base des statuts primitifs (Cass., 19.2.1903, S., 1904.1.191 ; 14.6.1910, *J. Soc.*, 1911, p. 118), tels qu'ils étaient établis avant le terme (Leblond, *Gaz. Pal.*, 1957.II, *Doctrine*, p. 74). Elle s'analyse dans ses effets en une dislocation de la personnalité morale, dont la cohésion maintenait une union entre les intéressés à son existence et ses adversaires devenus possibles, vis-à-vis des engagements sociaux. C'est pourquoi nous examinerons ces effets à deux points de vue : quant au personnes liées jadis à la société, et quant aux actes en cours d'exécution par elle, entrepris avant et après terme.

Sous-Section I. — Les effets sur les droits des associés et des tiers intéressés

1° *Effets sur les droits des associés.*

216. — S'ils peuvent poursuivre la nullité de la société, ils n'ont pas le droit de s'en prévaloir à l'encontre des tiers, en vertu des articles 7 et 58 de la loi du 24 juillet 1867 ; et ils ne sont pas libérés de leurs engagements antérieurs envers la société. Pour les actionnaires, la responsabilité restera limitée à leur mise sociale, mais ils en seront redevables dans tous les cas à l'égard des créanciers sociaux. L'annulation n'a pas d'autre effet que l'application des clauses statutaires initiales prévues pour la liquidation et le partage.

2° *Effets sur les droits des tiers.*

217. — Les créanciers sociaux ont, à l'encontre de la société ou des associés, une faculté d'option. Ils pourront : soit tenir la société pour valable et exiger le respect des engagements conclus sur la base du pacte social devenu caduc, soit se prévaloir du jugement prononçant la nullité, s'ils estiment cette solution plus avantageuse.

Cette option exercée par un créancier est indivisible et irrévocable (Cass., 30.1.1893, S., 1897.I.493 ; Trib. Marseille, 14.6.1910, *J. Soc.*, 1911.458) en ce qui le concerne, mais chaque créancier est libre de choisir entre l'une et l'autre de ces possibilités, de sorte qu'il peut exister des options différentes (Leblond, *précité*).

Les créanciers personnels des associés auront la même faculté d'option à l'encontre des autres associés.

218. — Dans les rapports entre les créanciers qui se prévalent de la nullité et ceux qui la repoussent, il y a lieu de donner la préférence à ceux qui invoquent à leur profit un état de droit reconnu, c'est-à-dire la nullité quand elle est prononcée (Cass., 4.4.1893, S., 97.1.487 ; 20.11.1902, S., 1904.1.22). En conséquence, s'il y a eu des apports nouveaux effectués par les associés depuis l'arrivée du terme, les créanciers sociaux devront souffrir le concours des créanciers personnels d'un associé sur l'apport qui rentre dans le patrimoine de ce dernier à la suite de la nullité (Cass., 25.3.1890, S., 92.1.126 ; 20.11.1901, *J. Soc.*, 1903.391).

Sous-Section II. — Les effets sur les engagements sociaux antérieurs au terme

219. — Si, comme elle le devait, la société était entrée en liquidation à l'arrivée du terme, il n'y aurait aucune difficulté particulière. La survie de la personnalité morale lui serait normalement

accordée aussi longtemps qu'il le faudrait pour l'achèvement convenable des opérations commencées. Mais une société prévoyante qui a décidé de se dissoudre à son terme ne prend pas d'engagements dont l'exécution complète éloignerait par trop sa disparition définitive. Elle essaye de répartir raisonnablement dans le temps l'exécution de ses différentes obligations, et si la date de l'échéance ou de l'accomplissement total de ses obligations ou de certaines d'entre elles dépasse manifestement celle prévue pour son expiration, elle doit reculer cette dernière au moment voulu. Or, nous nous trouvons justement ici dans l'hypothèse contraire. La société a négligé de se proroger, après avoir néanmoins contracté des engagements de longue durée. C'est ce qui lui est reproché. Elle a continué son existence en dehors des règles légales, mais elle l'a tout de même poursuivie en fait, de telle sorte que la dissolution intervenant au cours de cette existence à la suite d'un jugement d'annulation aura un caractère et des effets analogues à ceux d'une dissolution anticipée, non rendue nécessaire par des circonstances qui la justifieraient, comme un mauvais fonctionnement ou une perte considérable de capital, mais qui revêt un véritable caractère fautif.

§ I. — *L'effet sur les créances à terme*

220. — D'une manière générale, il semblerait qu'elles vont devenir toutes, théoriquement ou pratiquement, exigibles, soit du fait d'une diminution réelle des moyens d'action dont disposait la société dans le futur et les promesses qu'elle offrait, ce qui entraîne dans la réalité des choses un amoindrissement de ses ressources, soit comme conséquence des nécessités de la liquidation, qui oblige à réaliser l'actif. Il n'y a cependant pas de règle absolue : l'exigibilité effective avant terme dépend de la nature de la créance, de la longueur du délai initialement établi pour s'en acquitter, et des possibilités encore ouvertes par l'application du principe du maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation.

221. — A. — *Les créances hypothécaires.*

Elles sont garanties par des sûretés réelles, lesquelles subsistent indépendamment de l'existence de la société et des actes qu'elle peut passer. Pour leurs titulaires, la date de leur échéance n'est donc pas affectée. Mais si leur remboursement doit avoir lieu dans un temps éloigné, il se peut que l'obligation de liquider entraîne la vente des immeubles grévés et la purge des hypothèques, parfois même dans des conditions désavantageuses pour le débiteur, si le paiement avant terme de la créance garantie a été prévu comme devant être sanctionné par une clause pénale, ce qui est fréquent dans ce genre de contrat, ou si cette vente a lieu à propos de terrains pour lesquels on pouvait espérer une plus-value dans un avenir moins proche.

222. — B. — *Les créances chirographaires.*

Il n'y a pas de déchéance automatique du terme (Req., 24.11.1869, D., 1871.1.119 ; Seine, 6.2.1914, *J. Soc.*, 1915.18 ; Civ., 8.12.1952, *J. Soc.*, 1955.297), contrairement à ce qui devrait logiquement se produire, car il y a, en fait, diminution des sûretés (Kraemer, Thèse, Paris, 1959). Ce qui est pris en considération par le créancier qui accorde un terme, c'est non seulement la situation actuelle de la société, mais encore les possibilités d'évolution dépendantes de son existence future. Pothier (*Obligations*, n° 234) avait déjà noté le lien entre la confiance accordée au débiteur et le terme. Il faisait disparaître celui-ci dès que la première venait à manquer. Et l'article 1188 civ. devrait jouer : on ne peut assimiler la liquidation à la déconfiture et à la faillite, sauf évidemment si ces dernières situations en sont la cause directe, et jusqu'à preuve contraire, la société dissoute est réputée « *in bonis* ». Mais il n'en est pas moins vrai que l'annulation de la société irrégulièrement continuée est la conséquence d'un fait fautif de la part des administrateurs, fait de nature à amoindrir les garanties de paiement que les créanciers chirographaires étaient fondés à voir dans la stabilité et la bonne marche de l'entreprise. Néanmoins, en droit positif (Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité élémentaire de dr. civil*, 1952, tome 2, n° 1509, p. 516) et d'après une jurisprudence ancienne et bien assise, le simple créancier chirographaire n'a pas « *ipso facto* » la faculté de se prévaloir de la disposition de l'art. 1188 civ.

223. — C. — *Les obligations.*

Le point de vue de la jurisprudence est ici quelque peu différent. Si, en principe, la dissolution n'entraîne pas d'emblée la déchéance du terme et qu'il appartient au liquidateur de prendre toutes mesures en conséquence pour assurer l'amortissement des obligations (Moreau, tome I, n° 659), en fait et comme il s'agit pour leurs titulaires de créances de très longue durée, l'amortissement et le service de l'intérêt supposent le fonctionnement régulier et durable de la société. Lorsqu'elle est dissoute, il lui est presque toujours impossible de satisfaire à tous les engagements qui résultent du prêt. Parce qu'elle n'est plus en mesure d'y pourvoir, la cour de cassation autorise les obligataires à demander, suivant les circonstances, la déchéance du terme ou la résolution du contrat (Civ., 6.1.1885, S., 1888.I.59 ; Civ., 2.2 et 10.5.1887, S., 1888.I.63 ; Civ., 20.7.1904, D. P., 1906.I.516).

224. — Si le tribunal opte pour la déchéance du terme, la société doit rembourser les obligations au taux stipulé dans le contrat, c'est-à-dire à leur valeur d'émission augmentée éventuellement de la prime de remboursement prévue. Le contrat subsiste, et son exécution prématurée a les mêmes effets que celle convenue au moment de la conclusion.

225. — Si la résolution est retenue comme solution, les obligataires sont obligés de limiter leur demande au montant de la valeur de leurs titres au taux d'émission ; mais alors ils peuvent obtenir en sus des dommages et intérêts dont l'importance varie avec le préjudice subi et suivant la cause qui a déterminé la dissolution. Lorsque la société a été intentionnellement dissoute (c'est-à-dire en dehors d'un motif considéré comme légitime, tel qu'une perte importante de capital, la réduction du nombre des associés au-dessous de l'effectif minimum légal : 7 pour les sociétés anonymes, voire leur « *mutus dissensus* » définitif) ou à la suite d'une faute lourde des administrateurs, équivalente à un dol, comme cela serait le cas si la dissolution résultait d'une prorogation inopérante décidée après terme ou d'une continuation sans aucune prorogation — hypothèse dans laquelle la faute apparaîtrait encore plus évidente — le remboursement peut comprendre non seulement la valeur d'émission, la prime, mais encore des éléments accessoires du préjudice résultant de la faveur dont jouissaient les valeurs sur le marché, ainsi que des frais et retards occasionnés par le remploi en valeurs similaires (Paris, 28.1.1879, S., 1879.II.52 ; Paris, 15.12.1901, *J. Soc.*, 1902.211). Si les obligations ne sont pas encore libérées, nous avons vu que les contractants peuvent en refuser la libération.

226. — Selon certains auteurs (Kraemer, *précité*), les obligations auraient, depuis le décret du 30 octobre 1935 (art. 20) une possibilité légale et absolue d'exiger leur remboursement, car « la dissolution peut être assurément considérée comme une modification de la forme de la société ». Nous n'adopterons pas ce point de vue quand la société s'est simplement continuée sur la base de ses statuts antérieurs. Sa poursuite eut pour effet de substituer un état de fait à un état de droit, mais pas d'affecter par elle-même sa forme, et nous pensons, avec Hémard (n° 400) que « la société de fait emprunte sa forme à celle qu'elle aurait dû constituer si elle avait été régulière, pourvu qu'elle se soit présentée aux tiers sous la même forme ».

§ 2. — *L'effet sur les parts de fondateurs*

227. — Si elles ont droit, comme la plupart du temps, à un pourcentage du boni de liquidation, ce droit sera exercé automatiquement, alors que les porteurs ne peuvent s'opposer à la prorogation pour l'obtenir dans l'immédiat.

Mais que décider si leurs droits se limitaient à une fraction des bénéfices annuels ? Une chose est certaine : la dissolution de la société, intervenant au terme prévu dans le contrat, dans des conditions normales, suspendait par elle-même ces avantages sans que leurs bénéficiaires puissent s'y opposer. Les porteurs de parts sont impuissants devant les actes qui ressortent du fonctionnement

régulier de la société. Ils ne peuvent — hors les cas tout à fait exceptionnels de fraude entreprise contre leurs intérêts — que les accepter, en profiter ou les subir. Mais la circonstance est autre ici. Il est admis depuis longtemps, ainsi que nous l'avons constaté précédemment, que la prorogation n'avait pas pour effet de mettre fin aux droits des porteurs. La dissolution prononcée par le tribunal est la sanction d'une faute de la société, commise par l'intermédiaire de ses administrateurs. Si la société faisait de bonnes affaires au moment où elle se trouve annulée et était raisonnablement en état de se continuer avec profit, qu'il apparaît que telle était bien sa volonté, il y a incontestablement, ou faute préjudiciable aux porteurs, ou dissolution anticipée non justifiable. Que l'on voie la question sous l'un ou l'autre de ces aspects, l'annulation judiciaire ouvre, selon nous, une action en dommages-intérêts pour les porteurs, car la prorogation aurait maintenu leurs droits, condamnés dès lors à disparaître.

§ 3. — *L'effet sur les contrats en cours*

228. — En principe, la dissolution de la société ne met pas fin aux contrats qu'elle a passés et ceux-ci doivent être exécutés jusqu'à leur expiration, car la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation permet de poursuivre les opérations commerciales en cours.

Il en est ainsi, dit un arrêt de cassation de la chambre civile (Civ., 25.2.1924, *J. Soc.*, 1925.429) lorsqu'il n'est établi, ni que la société en liquidation n'ait pas conservé de ressources disponibles, ni que la cession du contrat à une autre société ait diminué ou compromis les garanties sur lesquelles les tiers contractants étaient en droit de compter.

Mais il faut que l'exécution de ces contrats n'implique pas nécessairement un fonctionnement normal de la société, ou ne soit pas absolument incompatible avec son état de liquidation, et que ses ressources soient encore telles qu'elle puisse satisfaire à ses engagements jusqu'au partage de l'actif net restant entre les associés. Sinon, les tiers qui ont contracté avec elle peuvent demander la résolution des conventions passées, avec dommages-intérêts, par application de l'art. 1184 civ. La résolution est facilement accordée et les tribunaux jouissent dans ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation, lorsqu'il apparaît que les contractants ont traité « *intuitus personæ* », en raison de la nature propre des activités de la société et des qualités professionnelles particulières auxquelles elle faisait appel. Il en est ainsi des contrats de louage de service, de mandat de commission, dont on admet assez généralement qu'ils prennent fin de plein droit par la dissolution de la société (Paris, 20.11.1888, *Gaz. trib.*, 12.12.1888 ; Paris, 13.4.1911, *J. Soc.*, 1912.72).

Sous-Section III. — Les effets sur les actes passés après terme

229. — Quand la société est entrée régulièrement en liquidation à la date prévue et que la phase de son existence correspondant à sa dissolution a été portée à la connaissance des tiers, le domaine dans lequel elle peut encore agir est très vaste, et même fort mal délimité. C'est, comme Bastian l'estimait (*J. Soc.*, 1937, p. 1) une question de fait. Toute opération est permise qui tend à réaliser la liquidation ou à en améliorer les conditions. Et les tiers, prévenus, ne sauraient en aucun cas arguer d'un préjudice dû à l'interruption de la société. Ils agiront en conséquence dans leurs rapports avec cette dernière, évitant d'accepter des engagements dont la durée et la portée déborderaient de toute évidence le cadre d'une liquidation normale.

230. — Il n'en est plus de même si la société continue son activité comme si aucun événement nouveau n'était venu la restreindre et si les tiers sur la foi des apparences, passent avec elle des contrats dont le sort est lié à sa persistance, à la stabilité de sa situation. Lorsqu'elle est annulée, la résolution demandée de ces contrats ou leur résiliation forcée à un certain moment donnera lieu au paiement de dommages-intérêts, encore plus sûrement peut-être que dans l'hypothèse où ils auraient été conclus avant terme, car il sera plus facile aux tiers d'administrer la preuve d'une erreur dont ils auraient été victimes, aucune mesure de publicité précisant l'état réel de la société n'ayant été prise.

La dissolution empêche également l'accomplissement de certains actes intéressant les associés et en entraînerait la nullité si les décisions en étaient intervenues après le terme.

231. — C'est ainsi qu'il faut refuser à une assemblée extraordinaire d'actionnaires le pouvoir de procéder à une augmentation de capital, celui de créer des actions de priorité, de modifier les droits respectifs des diverses catégories d'intéressés sur le produit de la réalisation de l'actif, par exemple en décidant, même avec l'assentiment d'une assemblée spéciale des actionnaires de priorité, que les actionnaires ordinaires recevront une répartition avant que les prioritaires aient obtenu le solde arriéré de leur premier dividende cumulatif (Trib. com. Seine, 30.4.1924, *J. Soc.*, 1925, p. 163).

232. — Dans les sociétés de personnes, la continuation de la société dissoute sans liquidation a également une conséquence sur le taux des droits perçus lors de la cession des parts sociales. Lorsque celle-ci a lieu pendant une liquidation non terminée, mais qui suit normalement son cours, après publication, elle est assimilée à une cession de parts de société encore existante et passible

du tarif réduit applicable en ce cas (Cass., 21.12.1887, S., 1899.I.229 ; 12.1.1892, 1.100). Mais, si la société juridiquement dissoute par l'arrivée de son terme, n'est jamais entrée en liquidation, la cession de part constitue une vente de la part indivise du vendeur, et à ce titre assujettie au droit de vente, entraînant le rappel correspondant quand elle est découverte plusieurs années après la date de la continuation de fait (Cass., 24.10.1892, S., 1892.I.469 et note A. Wahl, Trib. Seine, 23.3.1907, *R. E.*, 1907, n° 4370 ; Trib Valenciennes, 14.10.1920, *R. E.*, 1924, n° 7989).

CHAPITRE III — LES CONSÉQUENCES EN DROIT FISCAL

233. — L'administration de l'enregistrement compte-t-elle parmi les tiers légalement admis à intenter une action en dissolution ? Hémard (n° 443) le conteste. Dans ce cas, l'action ne serait qu'une sanction fiscale, non prévue par la loi, que l'on introduit par voie d'interprétation. Les formalités de constitution et de publicité ont été prévues dans l'intérêt de ceux qui auront des rapports contractuels avec la société, et non dans celui du fisc. Mais il n'en est pas moins vrai que la possibilité d'action de ce dernier est reconnue par l'opinion commune, et qu'il a effectivement et dans tous les cas l'intérêt le plus certain à se prévaloir de l'arrivée du terme et de l'expiration du contrat social.

234. — Parmi ceux qui ont la faculté d'intenter l'action en nullité sur le plan du droit privé, il en est qui auraient un avantage plus grand au maintien de la société. La dissolution prononcée peut être favorable aux uns, défavorable aux autres. Il est même possible qu'aucune des personnes qui sont en rapport avec la société et traitent avec elle ne demande sa liquidation, tandis que pour le fisc, la fin de la société est fatalement profitable, car elle offre l'occasion de percevoir des impôts élevés.

235. — L'arrivée du terme sans prorogation régulière a, en droit fiscal, deux séries de conséquences, lorsque la société se poursuit sans entrer en liquidation : la perception des impôts afférents à la cessation de la société ancienne réputée dissoute, et celle du droit d'apport payé, soit au taux appliqué à la constitution, soit à titre onéreux dans le cas où la société veut se reconstituer en forme légale sans procéder à sa liquidation.

SECTION I

LA PERCEPTION DES IMPOTS AFFÉRENTS A LA CESSATION DE LA SOCIÉTÉ ANCIENNE

236. — Par application des articles 152 et 201 du code général des impôts, en cas de cessation d'une entreprise industrielle, commerciale, artisanale ou minière, — et la dissolution prononcée emporte la cessation de la société dissoute — la taxe proportionnelle due en raison des bénéfices qui n'ont pas encore été imposés est établie. La société est imposée, non seulement sur les bénéfices réalisés pendant l'exercice en cours, mais encore sur ceux dont l'imposition avait été différée, sur les plus-values acquises par les stocks et les éléments de l'actif immobilier, les provisions, dotations, décotes constituées, les réserves spéciales de réévaluation figurant au bilan ou même incorporées au capital social. Le montant de l'impôt est variable avec le régime fiscal auquel est soumis l'entreprise et la date d'acquisition des éléments immobilisés. Les plus-values ne doivent être retenues que pour moitié de leur montant dans les bénéfices imposables lorsque la cessation intervient dans les cinq ans de l'achat, et au-delà de cinq ans, elles sont taxées exclusivement au taux de 6 % en ce qui concerne l'impôt sur le revenu des personnes physiques.

237. — Quand la société est entrée régulièrement en liquidation, ces impôts ne sont dus qu'au moment du partage. Le délai de dix jours accordé par l'article 201 C. G. I. pour en faire la déclaration ne court qu'à partir du « jour de la fermeture définitive des établissements ». C'est ce que reconnaît le jugement du tribunal de la Seine du 4-12-1941 (*R. E.* 1946, n° 12117) : une plus-value ne constitue qu'un actif en puissance, les biens étant toujours dans le patrimoine de la société, et non un bénéfice distribuable, car elle demeure incertaine, aléatoire, tant que la liquidation est en cours. Et les associés ne pourraient, jusqu'au partage, la faire valoir comme créance actuelle et exigible.

238. — Par contre, si la société se poursuit après terme sans avoir déclaré sa liquidation ou procède à une liquidation tardive, cette continuation est — en principe du moins, car les aménagements fiscaux pris dans les dernières années qui ont précédé l'ordonnance 59-73 avaient apporté de larges tempéraments à cette règle sévère — assimilée à la création d'un être moral nouveau (Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 206), et la situation est considérée comme entraînant une appropriation préalable par les associés des biens transmis à la société nouvelle et par suite la distribution des bénéfices compris dans le patrimoine de la société ancienne, lesquels deviennent immédiatement imposables (Seine, 12.3.1942, *R. E.*, 1946, n° 12.118, p. 329 ; *C. E.*, 21.6.1948, *Rec. Lebon*, p. 282).

SECTION II

LES DROITS DUS EN CAS DE RECONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

239. — Si la société peut se reconstituer entre les mêmes personnes ou un certain nombre d'entre elles ayant racheté leurs parts aux anciens associés pendant la liquidation effectuée, elle aura à acquitter sur l'actif net restant le droit d'apport normal de constitution, actuellement de 1,60 % au lieu du droit réduit de prorogation de 0,80 % (décret 55-486 du 30 avril 1955, art. 13) et la taxe de publicité foncière de 0,60 % en cas de transcription d'immeubles.

240. — Mais si elle se reforme sans liquidation préalable, même du consentement unanime des anciens associés, tous d'accord pour conserver au pacte social ses traits précédents, une nouvelle société est cependant censée être constituée, qui prend en charge le passif non liquidé de l'ancienne, les associés ne recevraient-ils que des parts sociales pour leurs apports restés dans le patrimoine de l'entreprise. Ce passif est bien déduit de l'actif brut pour le calcul du droit proportionnel d'apport, mais il est, en tant que tel, grevé du droit de vente (A. Wahl, *Tr. de dr. fiscal,* tome I, n° 544 ; Req., 5.2.94, S., 95.I.52). Et ce prix de vente est acquitté au moyen d'une partie des valeurs de l'actif excédentaire net de la société dissoute. Du point de vue fiscal, l'opération s'analyse en une vente par l'ancienne société à la nouvelle, de son actif moyennant le paiement de son passif.

241. — Cette solution est, à notre sens, surprenante. La société ancienne réputée dissoute et ayant donc perdu sa personnalité juridique se trouve, en fait, traitée comme un apporteur doué d'une personnalité physique unitaire. Elle est (ainsi que le serait l'apporteur personne physique qui livrerait un bien à la société dont il veut devenir membre, à charge pour elle d'acquitter une dette privée), considérée comme s'étant libérée du passif qui grevait ses apports sur la nouvelle personne morale constituée... Une seule explication semble pouvoir être donnée du phénomène : la survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, et il est de nature à consolider la conception de ceux qui voient, une simple fiction dans le maintien de cette personnalité au cours de la phase ultime de la vie sociale. Mais il n'y a pas de liquidation effective, dans l'hypothèse que nous envisageons. Il faudrait plutôt dire que l'on subit la conséquence d'une fiction de liquidation.

242. — Dans cette voie, la jurisprudence se montre d'autant plus rigoureuse qu'il y a lieu d'estimer qu'un être moral vraiment

nouveau dans sa forme est issu de l'opération, ainsi qu'en témoigne un curieux jugement du tribunal de la Seine du 7 juin 1922 (*R. E.*, 1924, n° 7990, p. 342) ; l'espèce était la suivante :

Une société en nom collectif, grevée d'un lourd passif, s'était dissoute, puis reconstituée sous la forme d'une société anonyme, à laquelle ses anciens créanciers avaient adhéré en acceptant des actions de la nouvelle société pour paiement de leurs créances. Celle-ci prétendait donc avoir commencé « sans aucune dette ni charge quelconque », alors que l'administration entendait percevoir un droit de mutation à titre onéreux sur le passif de l'ancienne société en nom. Le point de vue aurait été compréhensible si la nouvelle société avait pris à sa charge les règlements des créances de tiers qui lui étaient étrangers. Mais les dites créances constituaient justement les apports des associés nouveaux, dont les plus anciens se trouvaient débiteurs, et ceux-ci alléguaient, non sans raison, semble-t-il, que la société anonyme formée avait reçu par ses statuts mandat de liquider la société en nom. Cependant, telles ne furent pas les conclusions du jugement rendu : « la circonstance que la nouvelle société se trouvait elle-même déchargée du passif par suite de la distribution aux créanciers d'un certain nombre des actions créées était sans influence sur le caractère de l'apport ». Dès lors que les anciens associés se trouvaient, par l'effet de la convention, déchargés d'un passif, leur apport devait, jusqu'à concurrence de ce passif, être considéré comme apport à titre onéreux.

CHAPITRE IV

LES SANCTIONS ENCOURUES PAR LES ADMINISTRATEURS ET LES GÉRANTS

243. — L'annulation de la société a donc les effets les plus graves, aussi bien à l'égard de la personne morale elle-même que pour ceux dont les intérêts dépendaient de son existence. Il s'agit maintenant de savoir dans quelle mesure il est possible de sanctionner les responsables directs de cette nullité, c'est-à-dire les administrateurs auxquels avaient été confiée la gestion de l'entreprise et la mission de veiller à son fonctionnement normal.

SECTION I

LA SÉVÉRITÉ DE LA JURISPRUDENCE ANCIENNE DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

244. — La continuation entre les mêmes associés d'une société en nom collectif n'a pas d'autre effet, en droit privé, que de prolonger la responsabilité indéfinie de ses membres et de rendre son existence après terme aléatoire, à la merci du premier intéressé à demander son annulation. Mais elle ne modifie pas les situations respectives des associés vis-à-vis de la société et des tiers. La nature intrinsèque de l'être moral et l'étendue de ses charges subsistent intégralement, d'une manière prolongée dans le temps, mais non accrue en soi. En est-il de même pour une société anonyme ou une société à responsabilité limitée irrégulièrement poursuivie, et ces dernières formes ne vont-elles pas, à partir du moment où leur terme est arrivé, pouvoir être considérées comme sociétés non publiées « *ab initio* » et traitées ainsi que des sociétés de personnes, dans lesquelles tous les associés deviendraient solidairement responsables de la totalité du passif ?

245. — La jurisprudence la plus ancienne (Lyon, 7.8.1851, D., 1854.2.85) admettait que la nullité d'une société commerciale par actions non publiée n'étant pas opposable aux tiers qui ont traité avec elle, aucun des associés ne pouvait se soustraire à la solidarité des engagements pris au nom de la société, et que tous se trouvaient, par suite, sous l'empire d'une société de fait qui, ayant pour but des opérations commerciales, avait pour effet de les rendre responsables au même titre, c'est-à-dire par la voie solidaire, des dettes de la société.

246. — La loi du 24 juillet 1867 posant des règles de constitutions précises pour les sociétés par actions qui établissaient une différence marquée entre le rôle des simples actionnaires et celui des fondateurs, gérants ou administrateurs, mit un frein à l'extension possible de la responsabilité des actionnaires. La constitution d'une société par actions absolument occulte n'est plus concevable dans la pratique ; et une nullité due à un vice de publicité ou à une prolongation après terme ne saurait pamais avoir pour effet de modifier la nature du contrat et de changer les rapports entre les différents groupes d'associés. D'après Hémard (n° 399 à 401) la notoriété, c'est-à-dire l'apparence sous laquelle la société a fonctionné aux yeux des tiers l'emporte sur le contrat. Et cette notoriété serait d'autant plus affermie « que la société, après son terme, c'est-à-dire de longues années de fonctionnement, continuerait sur la base des mêmes statuts ». Il n'est guère vraisemblable qu'une société anonyme se transforme au cours de son existence en société en nom collectif.

247. — Cependant, les termes de l'article 42 de la loi, dans sa rédaction primitive, laissaient peser une responsabilité quasi indéfinie sur les administrateurs, quand la société était annulée à la suite d'une faute résultant de l'inobservation des dispositions légales : « Lorsque la nullité de la société ou de ses actes et délibérations a été prononcée, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue *sont responsables solidairement envers les tiers,* sans préjudice des droits des actionnaires ».

248. — La jurisprudence se fondant sur le caractère absolu des expressions employées par le législateur et la généralité du principe contenu dans ce membre de phrase « responsables solidairement envers les tiers » se refusait à faire dépendre cette responsabilité des conséquences plus ou moins graves du fait et de la relation plus ou moins directe que pouvait avoir la cause de nullité avec le préjudice finalement éprouvé. Elle prononçait contre les administrateurs des condamnations très lourdes, qui englobaient la totalité du passif social et allaient jusqu'à assimiler les administrateurs à des associés en nom. C'et ainsi qu'un arrêt de la chambre civile du 13 mars 1876 (D., 77.1.49) déclare que « les fondateurs et

administrateurs auxquels la nullité de la société est imputable en sont déclarés par la loi responsables envers les tiers ; *qu'ils se trouvent substitués à l'être moral,* qui par leur faute ou négligence est reconnu n'avoir pas d'existence légale, et tenus des mêmes obligations ; que la cour de Bordeaux n'a pas fait une fausse application de la loi en les déclarant responsables de la totalité des dettes sociales » (1).

Dans le même sens : Req., 14.11.1876, D. P., 78.1.6 ; Civ., 19.2.84, *J. Soc.,* 1885, p. 373 ; Civ., 8.7.85, D. P., 1886.1.104). Les administrateurs étaient ainsi considérés comme ayant constitué pour leur compte une société en nom collectif de fait (Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 816), mais à l'exclusion cette fois, des simples actionnaires, dont l'obligation demeurait limitée au montant du solde de leur souscription.

249. — Cette sanction extrêmement sévère aboutissait au résultat surprenant de garantir les droits des tiers par deux sociétés de fait : la société en nom formée par les administrateurs, et la société par actions, conservant la responsabilité limitée (Hémard, n° 395).

C'était là faire poser sur toutes les sociétés anonymes une charge arbitraire très grave, entraver par une manœuvre prohibitive le développement d'une formule d'association dont le succès atteste la valeur économique et la jurisprudence allait à l'encontre du droit commun d'après lequel l'auteur d'un fait illicite n'en est responsable que dans la limite du dommage dont ce fait a été la cause directe et immédiate (Copper-Royer, *Tr. théor. et prat. des soc. anonymes,* 3e éd., tome 1, n° 163).

SECTION II

LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS ET GÉRANTS DEPUIS LA LOI DU 1er AOUT 1893 JUSQU'A L'ORDONNANCE N° 59-73

250. — La loi du 1er août 1893, modifiant la forme de l'article 42, est venue mettre les choses au point. En cas d'annulation, les administrateurs ne sont plus solidairement responsables envers les tiers et les actionnaires que du « *dommage résultant de cette annulation* ». L'on rentre dans les limites du droit commun, et tous de-

(1) Il est à noter que cette rigueur s'est maintenue dans la législation italienne, au cas où les administrateurs poursuivraient d'eux-mêmes les activités sociales après tout événement mettant fin légalement ou statutairement à la société, l'art. 2449 civ. du Code italien (1942) dispose en effet que « les administrateurs, lorsqu'est constaté un fait qui détermine la dissolution de la société, ne peuvent entreprendre de nouvelles opérations. S'ils contreviennent à cette interdiction, ils sont responsables indéfiniment et solidairement pour les affaires entreprises.

mandeurs en une action en responsabilité dirigée contre les administrateurs doivent justifier de la relation directe existant entre le dommage invoqué et la faute commise (Req., 18.3.1895, D. P , 95, I.497 ; Paris, 19.6.95, *R. S.*, 1895.476 ; Douai, 6.3.1900, *J. Soc.*, 1901.77).

Dans les sociétés à responsabilité limitée, la solution adoptée fut la même, pour les gérants et associés chargés de l'administration (art. 10, loi du 7.3.1925, décret-loi du 30.10.1935).

251. — C'est donc l'étendue du dommage et la relation de cause à effet qui fixent le domaine de la responsabilité encourue. Les tribunaux jouissent à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation (Req., 6.2.93, D. P., 93.1.263 ; Req., 23.12.1912, *Rev. opér. bourse*, 1913, p. 78). Dans le cas où la nullité a pu être couverte par une régularisation ultérieure, le préjudice résultant des actes défectueux ou incomplets pour lesquels elle a été encourue est susceptible de rester particulier à tel ou tel actionnaire ou créancier, qui en a la charge de la preuve à titre personnel, et si les demandeurs en responsabilité ont quelque faute à se reprocher, par négligence, ou celle d'avoir traité avec la société en connaissance de certains faits qui auraient dû les inciter à la prudence, les juges tiennent compte des fautes commises par les demandeurs eux-mêmes, dans la fixation des dommages (Nîmes, 21.1.81, D. P., 1881.2.127 ; Paris, 17.7.1888, *R. S.*., 89, p. 65). L'action en responsabilité est prescrite par trois ans à compter de la date à laquelle se sont produits les faits donnant ouverture à l'action en nullité.

252. — Mais quand la nullité est prononcée définitivement — et telle est ici la solution de principe : la nullité consécutive à une prorogation tardive ou à une absence de prorogation est irréparable — ce ne sont plus un ou plusieurs ayants cause de la société qui se trouvent atteints, mais la société toute entière, représentée par la collectivité des associés. Il se produit en somme une superposition de deux catégories de préjudices : 1° Le préjudice possible des tiers en rapport avec la société. 2° Le préjudice social proprement dit, qui peut se répartir sur tous les associés. L'action en réparation se prescrit alors, suivant les règles du droit commun par trois ans à dater du jugement qui a rendu la nullité definitive (Moreau, n° 950 ; art. 17, loi 24.7.1867, al. 4 ; décret-loi 31.8 1937).

253. — Le dommage social effectif résultant de l'annulation est très difficile à évaluer. On peut dire qu'il s'agit essentiellement d'une question de circonstances. Les administrateurs doivent être considérés comme des gérants d'affaires et traités en qualité de « *négotorium gestores* » (Copper-Royer, 2e éd., tome II, n° 649). Leur conduite devrait être ainsi appréciée en fonction des résultats des actes accomplis après le terme. Mais il semble que, dans presque tous les cas, leur responsabilité puisse être engagée à un titre quelconque à l'égard de la société : si celle-ci a prospéré depuis

la date de son expiration normale, la gestion a eu d'heureuses conséquences. Mais il y aurait lieu, sans doute, d'examiner si elle a redressé une situation difficile à l'époque du terme, ou si elle n'a eu pour effet que de continuer une évolution qui se présentait déjà favorablement. Dans la première hypothèse, il semble bien délicat de mesurer la faute des administrateurs : il y a eu négligence ou maladresse, mais celles-ci se trouvent réparées dans leur gravité possible par le renversement de la situation dans un sens positif, et il n'est pas certain que si la question de prorogation avait été posée aux associés, la résolution n'en eût pas été repoussée. On pourrait même penser que cette solution négative avait les plus fortes chances d'être adoptée Dans la seconde éventualité, la prorogation aurait été, au contraire, vraisemblablement décidée. Et l'annulation intervenant en plein essor de la société provoque assurément un dommage considérable, puisqu'il faut acquitter les lourds impôts perçus lors de sa liquidation définitive, ou à l'occasion de la reconstitution si cette dernière est encore possible, impôts dont le paiement pouvait être différé ou réduit dans une large proportion par une prorogation régulière et qui sont d'autant plus élevés que la société était « *in bonis* », nantie d'un actif net important.

Mois si la société a périclité depuis le terme, les bases d'appréciation sont autres : en bonne situation au terme, la prorogation était probable. Il faudra voir si la dégradation est la cause ou non d'une gestion défectueuse, si la nécessité d'entrer en liquidation empire l'état des affaires ou sauve d'elles ce qui peut encore être sauvé. Mais lorsque celles-ci étaient déjà mauvaises, la faute des administrateurs ayant consenti à les continuer en passant outre à une réalité inquiétante sans avoir posé aux associés une question qui aurait dû l'être normalement semble bien plus caractérisée, car il est alors dans la logique des choses de supposer que la prorogation eût été rejetée.

254. — En bref, le préjudice social supporté par les associés est fonction de variables qui peuvent se compenser, s'équilibrer parfois jusqu'à le rendre quasi impossible à estimer, mais beaucoup plus fréquemment s'ajouter et le faire apparaître avec une évidence désastreuse pour la société et ses administrateurs responsables. Dans les cas extrêmes où la continuation irrégulière de l'entreprise aurait été génératrice d'une situation qui la conduise à la faillite, cette dernière pourrait, éventuellement (d'après l'art. 446 nouveau du code de commerce) être déclarée commune aux administrateurs qui auraient, à partir du terme, disposé en fait des biens sociaux comme des leurs. Mais sans doute resterait-il encore à démontrer qu'ils l'ont fait « dans un intérêt personnel », ce qui est difficile à concevoir et à prouver, mais dont l'exemple s'est pourtant déjà rencontré dans la pratique (Paris, 9.12.1942 *R. S.*, 1944.157, *J. C. P.*, 1942, n° 2165).

SECTION III

L'ASPECT NOUVEAU APPORTÉ PAR L'ORDONNANCE N° 59-73

255. — L'ordonnance met en relief la gravité de la faute commise par les administrateurs qui ne procèdent pas à la convocation de l'assemblée générale chargée de décider de la prorogation. Avant le texte du 7 janvier 1959, il semblait que leur responsabilité ne put être engagée que dans la mesure où ils continuaient la société au-delà du terme statutaire sans avoir entamé la liquidation, ou s'ils faisaient procéder à une prorogation admise par les actionnaires, mais inopérante parce que tardive, et à propos des actes dont l'accomplissement et la poursuite dans le temps sous-entendaient une situation stable et régulière. Mais la faute et le préjudice restaient à démontrer : il fallait qu'ils se concrétisent, s'incarnent dans leurs résultats.

256. — Maintenant, l'absence seule de la convocation est une faute en elle-même, qui n'est plus à prouver, car les administrateurs ont manqué à une obligation légale de gestion, et qui les rend automatiquement responsables conformément aux règles du droit commun (art. 44 de la loi du 24.7.1867, art. 25 de la loi du 7.3.1925).

Si nonobstant le caractère impératif des nouvelles dispositions, ils négligeaient de consulter les associés, les conséquences de cette faute devraient donc, selon nous, être appréciées non plus à partir de l'arrivée du terme, mais à partir du moment où la convocation aurait dû avoir lieu, c'est-à-dire un an avant l'expiration normale de la société. Il faudrait aussi estimer que la « gestion d'affaires » commence à cette dernière date, et que ce qu'il y a lieu de considérer, pour juger de ses résultats, c'est l'état de la société à cet instant précis par rapport à ce qu'il est devenu lorsque la convocation est demandée en justice ou quand son défaut avant terme en entraîne l'inefficacité définitive. Le domaine de la responsabilité encourue pourrait, par suite, se trouver plus étendu dans la mesure où il serait fonction de la durée de la continuation irrégulière. Si la société était déjà en mauvaise posture un an avant sa fin et que sa décadence n'a cessé de s'accentuer, l'obligation non respectée par les administrateurs constitue assurément contre eux une présomption, sinon légale *stricto-sensu*, du moins très difficile à écarter, du fait que le préjudice résultant de l'annulation a sa source dans une mauvaise gestion, puisque la poursuite de la société a déjà pour point de départ une faute de gestion, tandis qu'antérieurement, il fallait, pour les demandeurs, établir la relation de cause à effet. Il semble bien désormais que la charge de la preuve est renversée au détriment des administrateurs. Il leur appartient d'établir, par exemple, que le déclin des affaires était

inévitable, même si l'entrée en liquidation avait été décidée, qu'il était la conséquence d'une orientation voulue en accord avec les associés depuis de nombreuses années, ou de la conjoncture économique actuelle, et qu'aucune initiative nouvelle excédant les pouvoirs normaux d'un liquidateur officiel ou de nature à prolonger la durée raisonnable d'une liquidation n'a été prise.

Si la société, en bonne situation un an avant le terme, a prospéré jusqu'à son annulation, la faute a un caractère encore plus manifeste qu'avant l'ordonnance, à propos du même cas. Le préjudice subi par les associés découle directement de l'inobservation d'une règle autrefois facultative, maintenant obligatoire.

257. — Un simple retard dans la convocation, si celle-ci a lieu seulement au cours de l'année de la fin de l'être moral est susceptible de devenir une source de préjudice pour certains créanciers sociaux, dans l'hypothèse où la prorogation est refusée par les associés, alors que les administrateurs auraient déjà, entre temps, c'est-à-dire depuis le début de cette année et avant la consultation, pris des engagements dont l'exécution convenable dépendait de l'admission de la prorogation. Ils devront être encore plus prudents qu'auparavant lorsque l'occasion se présentera de passer des contrats dont la durée excéderait le temps qui reste à parcourir à la société jusqu'à son terme.

Et s'ils ont, pendant cette dernière année, et avant le terme, redressé une situation périlleuse « *in extremis* », alors que la prorogation demeure possible, il sera sans doute difficile de leur incriminer un dommage. Mais la tentative est très risquée, et le jeu dangereux... S'il existait un espoir de cet ordre suffisamment affirmé dans sa possibilité, quoique non encore réalisé, la meilleure solution pour les administrateurs consisterait probablement à essayer de faire admettre aux associés, après un exposé de ses motifs, une prorogation « conditionnelle » d'un certain état du bilan au terme, dont l'ordonnance n'exclut pas la stipulation. Les droits à payer pourraient être alors peu élevés, puisque la société serait, à ce moment, dans une phase défavorable de son existence et à la tête d'un actif net peu substantiel. Ils prendraient la signification d'une assurance contractée contre un risque.

258. — Si la convocation de l'assemblée a lieu par voie judiciaire, il est évident que les frais éventuels en résultant incomberont aux administrateurs, comme conséquence de leur inaction coupable. Ils ont donc toujours intérêt à éviter un retard dans l'observation du délai prescrit. L'ordonnance a pour effet général d'introduire un décalage d'un an dans les suites à prévoir d'une non prorogation. Dans une gestion prudente, les administrateurs devront agir, à l'égard des associés et des tiers, comme si le terme effectif de la société avait lieu, non à la date prévue par les statuts, mais un an avant. Pour significatif qu'il soit du point de vue du renforcement conféré à la valeur de la personnalité morale, le fait

de donner à chaque associé la faculté de provoquer une décision doit être, dans l'ordre pratique considéré comme une simple mesure de précaution supplémentaire pour sauvegarder l'existence de la société ou la faire échapper aux dangers d'une continuation irrégulière. Mais il ne saurait évidemment jamais atténuer la responsabilité des administrateurs. Les associés ordinaires ne sont pas tenu se procéder à la mise en demeure autorisée. Et dans les sociétés par actions d'une certaine importance, le droit qui est offert aux actionnaires n'a qu'une valeur théorique pour la plupart d'entre eux, car ils ont acquis leurs titres non à la fondation, mais au cours de la vie sociale et ne sont pas, ou incomplètement informés des statuts, donc de la date du terme.

TITRE III

L'INSUFFISANCE JURIDIQUE DES REMÈDES UTILISÉS JUSQU'A L'ORDONNANCE

259. — Pour parer aux conséquences du défaut de prorogation avant terme lorsque celles-ci étaient aperçues trop tard, il a souvent été utilisé des procédés tous basés sur ce fait que, si la société est en principe dissoute, elle ne disparaît toutefois pas brusquement. Elle peut encore passer certains actes ou continuer ceux déjà commencés. *Insinuer* la persistance effective de la société parmi les actes possibles, tel a été l'objet des tentatives entreprises, mais toutes avaient une portée limitée : les unes, légalement autorisées, n'en aboutissaient pas moins à la disparition à bref délai de l'être moral, et les autres équivalaient à de simples manœuvres dénuées de valeur juridique véritable. Parfois tolérées en matière fiscale, même avant les aménagements de ces dernières années, elles restaient à la merci de l'appréciation des tribunaux qui, sur le plan du droit privé, les ont repoussées, à de très rares exceptions près.

Aux fins d'en reconnaître la précarité, nous examinerons sous leurs différents aspects :

1° La fusion.

2° La prorogation invoquée en se fondant sur la persistance de l'objet social.

3° La continuation tacite conformément aux statuts.

4° La persistance de la société invoquée pour les besoins de sa liquidation.

5° La prescription de l'action en nullité.

CHAPITRE I | LA FUSION

260. — La fusion est une opération ayant pour résultat de réunir en un seul être moral deux ou plusieurs sociétés antérieurement distinctes et indépendantes (Trib. com. Seine, 20.1.1923, *J. Soc.*, 1926, p. 562) soit par la création d'une société nouvelle, soit par l'annexion de toutes les sociétés en cause à l'une d'entre elles.

Elle peut être entreprise au cours de la vie sociale, avec dans ce cas pour but principal l'union des forces industrielles, commerciales, financières et administratives des organismes intéressés, ou être décidée à la fin normale d'une société qui, au lieu de procéder à la vente ou au partage de son actif entre les associés, en fait l'apport à une autre société, soit à l'état d'actif net après règlement du passif, soit à charge d'acquitter ce dernier. Lorsque la société ancienne est rémunérée de son apport au moyen d'actions ou de parts de fondateurs de la société absorbante, le droit de mutation n'est pas dû, parce que l'apport fait moyennant cette attribution est pur et simple (Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 945 et 952 ; Cass., 27.12.1898, S., 1899. I. 47). Ce moyen a l'avantage de maintenir une certaine unité entre les éléments matériels — personnel et installations — supports de l'activité antérieure de la société absorbée, qui subsistent partiellement ou totalement dans le sein de la société nouvelle, tout en facilitant la réalisation de leur valeur, puisque la société absorbante n'aura pas de droits de vente à payer. En outre, sont évités, pour les anciens associés, les droits de partage, et la fusion bénéficiait, déjà avant leur suppression définitive, d'une autre exemption fiscale intéressante : celle des droits de transcription afférents aux apports mobiliers.

Mais l'opération reste toujours longue et compliquée en soi, quand elle est envisagée pendant l'existence de la société et moins avantageuse que la prorogation si on la considère comme un mode particulier de continuation de l'entreprise. De plus, elle suppose, dans tous les cas, une dissolution régulièrement prononcée ou constatée.

SECTION I

LA FUSION AVANT LA LOI DU 16 JUIN 1948

261. — La prise en charge du passif par la société nouvelle, lorsqu'il en existait un non primitivement acquitté, était l'objet de la perception du droit de mutation à titre onéreux (Civ., 6.5.1896, S., 1897.1.294 ; Civ., 29.7.1890, S., 1891.1.183) jusqu'à concurrence de son montant, et le problème consistait, pour les techniciens, à choisir la solution permettant d'éviter le paiement de ces droits. Les possibilités offertes et les difficultés qui se présentaient étaient du reste différentes, selon que la fusion avait le caractère d'une modification de l'orientation de la conduite des affaires volontairement provoquée par les associés avant le terme, ou intervenant après le terme de la société à absorber, comme solution mixte entre un partage effectif accompli entre les associés et la poursuite des activités précédentes dans un cadre nouveau.

Sous-Section I. — La fusion avant terme

262. — Les difficultés, quelle que soit la méthode finalement adoptée pour le règlement du passif, consistent d'abord à faire admettre le principe de cette transformation considérable que signifie la fusion par les différentes catégories d'intéressés possibles. Légalement, toutes formes de sociétés peuvent fusionner (en nom collectif, en commandite, à responsabilité limitée ou par actions). Dans la pratique, la fusion ne se rencontre guère que dans les sociétés par actions, et plus particulièrement dans les sociétés anonymes, et il faut au moins que la société absorbante appartienne à cette dernière catégorie, si l'on veut que les parts sociales qu'elle va distribuer aient la qualité d'être rapidement et facilement négociables, une des conditions essentielles de l'avantage résultant de l'opération. D'après l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867 (decret-loi 7-12-1954), les actions attribuées par la société absorbante ne peuvent être immédiatement négociées comme actions de fusion qu'autant qu'elles rémunèrent l'apport d'une société par actions ayant plus de deux ans d'existence. Sinon, elles ne sont négociables que deux ans après la constitution de la société nouvelle créée ou l'apport fait à la société absorbante. Il est donc conseillable que la ou les sociétés absorbées soient transformées au préalable en sociétés par actions, en application d'une autorisation spéciale de la loi ou introduite dans leurs statuts, soit à l'origine, soit depuis leur création par voie de modification statutaire (Cass., 18.10.1949, *J. Soc.*, 1950, *J. C. P.*, 1950.2.5356).

263. — En admettant que le nombre des associés de la société à absorber soit suffisant pour permettre la transformation, c'est-à-dire égal ou supérieur à sept, et que l'on se trouve en présence du cas le plus simple : deux sociétés anonymes voulant fusionner, soit en formant une nouvelle société, soit au nom de l'une d'entre elles, l'opération nécessitera d'abord l'assentiment des actionnaires de chacune, réunis en assemblée générale extraordinaire, l'évaluation des apports respectifs, afin de déterminer le nombre des actions à répartir aux associés de la société absorbée, la consultation et éventuellement l'accord des obligataires et des porteurs de parts de fondateurs (art. 20 du décret du 30.10.1935, art. 10 de la loi du 23.1.1929), leur remboursement ou leur désintéressement, s'ils n'acceptent pas la fusion. Nous n'entrerons pas ici dans les détails relatifs à la complexité de ces actes et formalités, et nous supposerons tout obstacle écarté dans ce domaine.

264. — Un problème reste à résoudre : comment la société absorbée va-t-elle acquitter son passif ? Trois solutions s'offrent à elle :

a) La société peut faire apport de l'intégralité de son actif brut, moyennant l'attribution d'actions, et conserve la charge d'éteindre son passif, dont elle se libérera avec le produit de la cession d'une partie de ces actions, soit aux créanciers qui consentent à s'en rendre acquéreurs, soit à des tiers. Ce premier moyen a l'avantage d'éviter les droits de mutation à titre onéreux que la prise en charge d'un passif par la société absorbante rendrait exigibles, et il ne soulève aucune critique, à condition toutefois que les actions d'apport délivrées à la société absorbée soient aisément réalisables et d'une valeur suffisante pour permettre de désintéresser les créanciers à bref délai. Mais il oblige cette société à rester en liquidation jusqu'à l'extinction complète de son passif et la répartition aux actionnaires du reliquat disponible des actions d'apport s'il en existe.

b) La société peut se réserver la partie de son actif brut facilement réalisable (espèces, valeurs de bourse, marchandises) nécessaire pour acquitter elle-même son passif et faire apport du surplus de cet actif contre l'attribution d'actions à répartir entre ses actionnaires. Mais ce procédé a le même inconvénient que le premier : la société absorbée est contrainte de demeurer en liquidation pendant un temps qui peut être assez long.

c) La société absorbée apporte l'intégralité de son actif et de son passif à la société absorbante, à charge de payer le passif dont cet actif est grevé. La fusion est dite alors intégrale et absolue. Il n'y a aucune interruption ni changement dans la conduite des affaires en cours. L'opération est simplifiée et accélérée, mais deux inconvénients s'ensuivent : 1° L'apport de la société a un caractère mixte. Il est pur et simple pour la partie correspondant à la valeur de l'actif net. Mais il est une vente, passible du droit de mutation, pour celle qui entraîne la charge de payer les créanciers. 2° Et les

créanciers ne peuvent être obligés, au moins théoriquement, de subir une novation par changement de débiteur qu'ils n'auraient pas acceptée expressément et qui risquerait de faire disparaître les garanties dont ils bénéficiaient précédemment, du fait de l'existence du capital de la société dissoute et maintenant transféré à une autre personne morale. Il a été ainsi jugé que la fusion totale de l'actif à charge de payer le passif pouvait leur permettre d'exercer, pour le cas où ils n'étaient pas désintéressés par la société absorbée, des poursuites contre la société nouvelle ou absorbante (Paris, 23.1.1912, D. P., 1912.2.217 ; Cass., 26.10.1930, *J. Soc.*, 1931, *Gaz. Pal.*, 1930.2.663).

Sous-Section II. — La fusion après terme

265. — La société est alors automatiquement dissoute. La question se pose seulement de savoir quel sort réserver aux biens sociaux tombés dans l'indivision des associés et comment les transformer de la manière la plus avantageuse, ou s'il est encore possible d'obtenir un équivalent de leur valeur en maintenant la vie de l'entreprise sous une autre direction, compte tenu du paiement de dettes antérieurement contractées.

266. — La jurisprudence la plus ancienne (Paris, 9.11.1883, *J. Soc.*, 1884.14 ; Paris, 24.6.1884, *J. Soc.*, 1885.719 ; Trib. com. Seine, 15.1.1665, *J. Soc.*, 1890.400 ; Trib. com. Seine, 7 6.1887, *R. S.*, 1889) interdisait — alors même que les statuts de la société dissoute autorisaient la fusion — aux liquidateurs de faire l'apport à une autre société de tout ou partie de son actif avant l'extinction du passif, même en vertu d'une assemblée générale des actionnaires : une telle assemblée décidant de l'apport de l'actif à une autre société sans lui imposer la charge d'acquitter son passif outrepassait ses pouvoirs, car une société dissoute et en liquidation ne peut distraire quoi que ce soit de son actif sans s'être entièrement libérée de ses dettes à l'égard des tiers, ni contracter des engagements qui sont susceptibles de l'obliger pour l'avenir envers les tiers.

Il n'y avait donc, dans cette jurisprudence, que deux moyens laissés à la disposition de la société déjà dissoute : ou le règlement préalable de la totalité du passif et l'apport pur et simple de l'actif net, ou la fusion intégrale, entraînant la perception du droit de mutation à titre onéreux sur le passif pris en charge.

267. — Bosvieux (*J. Soc.*, 1926, p. 429) reconnaît, après les extensions successives apportées aux pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, la faculté par celle-ci, même après dissolution, de changer tout mode de liquidation prévu par les statuts pour choisir celui qu'elle juge le plus favorable : l'assemblée peut auto-

riser à consentir l'apport de l'ensemble ou d'une partie des biens sociaux, soit à une société nouvelle, qui succédera à la société dissoute, soit à une autre société dans laquelle cette dernière viendra se fondre. Il est donc permis désormais de convenir que la société acquittera elle-même son passif avec la vente d'une partie des actions de la société absorbante. Il faut seulement que cette vente soit facilement réalisable, et que la convention ait pour effet de mettre fin de plein droit aux activités antérieures de la société exercées par elle en tant qu'être moral propre, les actions étant cédées ou négociées par le liquidateur jusqu'à concurrence du passif avant toute répartition aux actionnaires. Ce procédé qui présente l'avantage d'éviter le droit de vente sur le passif, exclut toute possibilité pour la société qui décide de l'adopter, de continuer son exploitation à titre personnel : celle-ci passe sous le contrôle de la nouvelle personnalité morale constituée ou absorbante. L'opération suppose donc une résolution prise aussi rapidement que possible après le terme, sans poursuite faite hors d'une prorogation régulière. Par ailleurs, le blocage des actions entre les mains du liquidateur jusqu'à extinction du passif peut ne pas être sans inconvénient pour leurs titulaires qui seraient désireux de les céder et une vente massive, même si elle s'effectue aisément, risque de provoquer une baisse de la valeur des titres, préjudiciable à la collectivité des actionnaires des sociétés absorbantes et absorbées (Houpin : « De la fusion », *J. Soc.*, 1910, p. 290).

SECTION II

LA FUSION APRÈS LA LOI DU 16 JUIN 1948

268. — La loi d'aménagements fiscaux du 16 juin 1948 facilite la fusion intégrale des sociétés en exonérant du droit de vente la prise en charge par la société absorbante ou nouvelle de tout ou partie du passif de la société absorbée : elle donne seulement ouverture à la perception d'un droit fixe de 50 francs et le cas échéant, à la taxe dite de « première mutation ». La répartition des actions ou parts de la société absorbante ou nouvelle aux actionnaires de la société absorbée est dispensée de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. En contre partie, les plus-values de l'actif supportent une taxe d'enregistrement de 15 % perçue en addition du droit d'apport en société et payable en cinq annuités. Le décret du 30 juin 1952 supprime la taxe additionnelle. Seul le droit d'apport est perçu à des taux différents, 1,4 % sur le capital appelé et non remboursé, 6 % sur la partie de l'actif apporté par la société fusionnée qui excède le capital appelé et non remboursé.

269. — A l'heure actuelle, la prise en charge du passif supporte le droit fixe de 250 francs (art. 717 C. G. I. et 668 C. G. I. ; loi du

28.12.1959, art. 62). La formalité de publicité foncière à la conservation des hypothèques donne lieu à la perception de la taxe de 0,60 % sur la valeur des immeubles (art. 839 C. G. I.) dont les actes de fusion furent dispensés jusqu'au 31 décembre 1959 (art. 841 *bis* C. G. I.). Les plus-values autres que celles réalisées sur les marchandises sont exonérées de l'impôt sur les sociétés (art. 210 C. G. I.). Le droit d'apport est liquidé au taux de 2,40 % sur une fraction de la valeur nette de l'apport égale au rapport entre, d'une part, l'excédent sur le capital appelé et non remboursé de la société apporteuse, de la valeur de l'entier actif net de cette société et, d'autre part, cette dernière valeur (719 C. G. I.).

Par une fiction légale qui est la base des exonérations édictées en matière d'impôts sur le B. I. C., la fusion doit être regardée comme une opération intercalaire ne donnant pas naissance, au point de vue fiscal, à une personne morale nouvelle (*Tableau fiscal et juridique,* juillet 1948, p. 174).

270. — Les fusions, dans la législation actuelle, sont donc grandement favorisées ; réalisées pendant la vie sociale, elles peuvent offrir un intérêt considérable dans l'économie des entreprises : diminution des frais généraux, accroissement du crédit et de la puissance des sociétés ; mais l'opération en reste compliquée et peut se heurter à de nombreux obstacles en droit privé, et elles ont parfois des inconvénients qui surpassent ces avantages, dans certains cas : la difficulté croissante d'assurer la cohésion des entreprises trop vastes est un écueil dangereux. Certaines fusions habilement conçues et techniquement avantageuses, donnent des résultats désastreux par suite de l'insuffisance de la direction administrative, tandis que les entreprises trop vastes ont tendance a devenir bureaucratiques et routinières (Decugis : *Sociétés par actions,* n° 459).

271. — Envisagée comme mode de réalisation de l'actif industriel d'une société déjà dissoute, la fusion est presque toujours, en fait, plus avantageuse qu'une vente ordinaire moyennant un prix payable en espèces (Houpin, *précité, J. Soc.,* 1910) et elle permet de conserver les éléments extérieurs de l'entreprise, de lui assurer une sorte de survie pendant un certain temps. Mais elle est soumise cependant à des droits qui, s'ils sont moins onéreux que ceux perçus lors d'une vente pure et simple, sont plus élevés que ceux exigés à la prorogation. Et surtout, le procédé a un très grave inconvénient quant à la personnalité morale de la société absorbée : il la fait disparaître totalement et nécessairement au profit de celle de la société absorbante ou de la société nouvelle constituée par les entreprises qui fusionnent. Ce n'est que par une simple fiction, dans le véritable sens du terme, que l'administration fiscale considère qu'il n'y a pas « création d'une personne morale nouvelle », car la société absorbée, même conservant en principe son personnel et ses établissements anciens n'a plus aucune autonomie, et

partant plus de personnalité morale propre. Elle est désormais dirigée par la société nouvelle, ou absorbante. Ses associés sont devenus associés de cette dernière et doivent se plier à tous les impératifs nés de cette situation. Et l'application des dispositions fiscales plus légères que celles régissant la cession ou la cessation d'entreprise est précisément subordonnée à cette disparition de l'être moral dans une nouvelle entité plus vaste et qui l'englobe ; elle ne peut jamais intervenir au profit d'une opération qui masquerait une prorogation décidée tardivement et lorsque la société dite absorbante n'est, en fait, que la continuation de la société absorbée et fut créée uniquement à cet effet, ainsi que l'exprime l'arrêt du 28 janvier 1946 (Civ., 28.11.1946, D. C., 1946.1.168) rendu à propos d'une société dissoute qui s'était en réalité reformée et dont le liquidateur, pour bénéficier de l'exemption du droit de transcription, prétendait avoir fait un apport fusion des biens de la société précédente à la société constituée :

« Attendu que le terme fusion suppose la réunion d'au moins deux sociétés pré-existantes, soit que l'une absorbe l'autre, soit que l'une et l'autre se confondent pour constituer une société unique, que l'opération litigieuse consistant dans la reprise d'une partie de l'actif d'une société ancienne unique par une société nouvelle formée en vue de cette reprise n'a pas réalisé une fusion véritable... qu'ainsi ne s'est pas trouvée remplie en l'espèce la condition essentielle à laquelle a été subordonné le bénéfice de l'exemption prévue par les dispositions légales précitées, d'interprétation stricte comme étant d'ordre fiscal... ».

CHAPITRE II

LA PROROGATION INVOQUÉE EN SE FONDANT SUR LA PERSISTANCE DE L'OBJET SOCIAL

272. — Le contenu de l'article 1865 civ. énumérant les différentes causes possibles de dissolution d'une société les sépare en réalité nettement en deux groupes. Les alinéas 1 et 2 caractérisent celles qui tiennent à la société elle-même, considérée indépendamment de la personne des associés : elle est dissoute par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ou par l'extinction de son objet. Ensuite vient l'énoncé des raisons attachées aux circonstances particulières pouvant atteindre les associés à un moment donné, et qui ne sont du reste valables que pour les sociétés en nom : la mort, la « *capitis diminutio* » ou la volonté de séparation de l'un d'entre eux. En ce qui concerne ces derniers motifs, aucun doute ne s'élève à propos des conditions auxquelles ils sont soumis, et il s'agit de cas différenciés par leur nature propre, sans chevauchement possible de l'un sur l'autre. Il n'en est pas de même pour les deux premiers. Une seule personne peut être en cause : la société, et la durée choisie apparaît comme fonction de la réalisation de son objet, pour autant que la logique incline à penser que les associés ont déterminé l'une en considération de l'autre, les deux notions se trouvant par suite en interdépendance de fait. C'est pourquoi il semble permis, dans certains cas tout au moins, de se demander quel est celui de ces deux facteurs qui doit être prédominant comme fait générateur de la poursuite ou de l'arrêt de la vie sociale : l'arrivée du terme, la disparition ou au contraire le maintien de l'objet au-delà de la durée prévue dans le contrat pour sa réalisation. Existe-t-il une possibilité d'opérer une sorte de « glissement » du § 1 au § 2 de l'art. 1865 civ. en faisant intervenir une prorogation établie sur la persistance de l'objet, même lorsqu'un terme fut assigné, soit d'une manière tacite, en poursuivant l'exploitation purement et simplement, soit d'une manière expresse, en procédant à un acte officiel passé avec retard sur la date du terme statutairement prévue, mais dont on invoquera la validité rétroactive en raison du maintien ininterrompu et nécessaire des activités sociales ?

SECTION I

LE POINT DE VUE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE ANCIENNES

273. — La doctrine ancienne adoptait à cet égard une position nuancée et admettait la licéité d'une telle prorogation lorsqu'on avait pu, dès l'origine de la société, en présumer l'éventualité dans la volonté de ses fondateurs, et ce sont précisément les auteurs les plus attachés au principe de la fixation d'une durée, considérée comme une des bases essentielles du contrat de société, seulement modifiable par le consentement unanime des associés, qui montrent le plus de souplesse à propos de l'admission de sa prorogation, même sans acte exprès, quand l'objet social persiste, avec cette réserve toutefois qu'un lien de connexité entre le terme et l'objet puisse être découvert avec un certitude suffisante

D'après Pont (*Tr. commentaire des sociétés civiles et commerciales,* 1880, tome I, n° 684 et 685), « s'il ressort des termes du contrat ou des circonstances que l'indication d'une limite de temps, loin d'avoir eu pour objet, dans la pensée des contractants de marquer la durée de leurs rapports d'une manière fixe et précise, a été le résultat d'un calcul par lequel ils ont apprécié approximativement ce que l'exécution de l'entreprise sociale exigerait de temps, il est évident que ce qui a été spécialement visé dans les prévisions des contractants, c'est l'achèvement des travaux ou des opérations qu'ils entreprenaient en commun ; par conséquent, la survenance du terme approximativement fixé ne devra pas faire obstacle à ce que la société continue et subsiste jusqu'au jour où ces opérations sont complètement achevées ».

Selon Houpin et Bosvieux (5e éd., tome I, n° 170) la société continuerait jusqu'à l'achèvement des opérations en vue desquelles elle a été constituée, « s'il était reconnu que telle a été l'intention des parties et que l'indication de la durée n'était qu'accessoire ». Pour Vavasseur (6e éd., 1910, n° 172); Arthuys (3e éd., 1916.19, n° 747) ; Guillouard (2e éd., n° 280) ; Laurent (*Principes de droit civil,* Paris, 1878, n° 747) la conclusion est la même : le terme pourra dans certains cas être considérée comme purement démonstratif et approximatif ; une société étant formée pour une entreprise non complètement achevée au terme convenu continuerait d'exister assez de temps pour mettre fin à cette entreprise. Cependant, ces différents auteurs sont également d'accord sur le point suivant : s'il était reconnu que ce terme a été indiqué dans l'acte pour fixer d'une manière précise la durée des opérations sociales, l'échéance seule entraînerait la dissolution de la société, quand même les associés n'auraient pas atteint leur but ou n'auraient pas mis fin à leur entreprise commune.

274. — Cette doctrine se déclare donc positivement en faveur d'une interprétation de la volonté initiale des parties, souveraine en la matière et dépassant parfois la lettre du contrat. Hémard (note sous Req., 23.10.1906, S., 1908.1.277 ; *Traité*, 2e éd., p. 228) tolère également la prorogation tacite découlant de la persistance de l'objet social, mais sous des conditions plus strictes. Il ne suffit pas qu'il y ait lieu de présumer que tel fut continuellement le désir des associés. Il faut encore que cette prorogation résulte inévitablement et nécessairement de l'objet même de la société et que la volonté des parties ne puisse être interprétée autrement. Ce serait le cas des sociétés concessionnaires de l'Etat ou des collectivités publiques, obtenant une prolongation de leur concession ou qui doivent se maintenir pour exécuter convenablement le contrat passé. La société conclue ainsi « *untuitus rei* » est censée exister aussi longtemps que la concession lui est accordée et qu'elle continue à pouvoir en assumer la charge, même sans acte formel constatant la prorogation.

275. — Il s'agirait alors d'une exception très limitée par les conditions auxquelles elle doit satisfaire, et motivée par des considérations d'ordre public. L'application en fut consacrée d'une manière spécialement vigoureuse par un arrêt de la cour de cassation (Req., 7.2.1870, D., 1870.I.303, qui reconnaît, avec l'arrêt de la cour d'appel attaqué, que l'acte par lequel les copropriétaires d'une usine à gaz située sur un immeuble leur appartenant en commun et exploitée par eux en société, passent avec une ville (Poitiers en l'occurence), un traité pour l'éclairage au gaz de cette ville emporte prolongation de la même société pendant la durée de la concession, et par suite la licitation de l'immeuble ne peut, jusqu'au terme de la concession, être poursuivi, ni par l'un des associés, ni par le créancier à qui il a hypothéqué sa part indivise. Dans une seconde espèce tranchée par la cour suprême (Req., 23.10.1906 *précité*) une association en participation avait été formée entre plusieurs personnes pour l'exploitation pendant vingt-cinq ans de la ferme des droits des marchés de la ville de Saint-Denis. Mais le plus âgé des associés mourut avant l'expiration normale de la société alors que la continuation de celle-ci entre les associés survivants n'avait pas été stipulée. L'un d'entre eux demanda la dissolution, invoquant le principe de l'article 1865 civ. § 3. Mais l'arrêt attaqué repoussant ce motif, constatait que l'entreprise, grevée à ses débuts de charges considérables, notamment de l'obligation de construire des halles dont le coût était estimé à 380.000 francs, qui devaient à l'expiration de la concession ou même dès cessation de la société actuelle, devenir sans indemnité la propriété de la ville de Saint-Denis, ne pouvait donner le bénéfice espéré ni même échapper à la ruine que si elle était continuée pendant la durée prévue à sa formation. Rejoignant ces conclusions, la cour de cassation rejette le pourvoi en ces termes :

« Attendu, en droit qu'aux termes de l'art. 1868 civ. dérogeant

à l'art. 1865 civ., la mort d'un des associés ne met pas fin à la société lorsque l'acte constitutif a stipulé sa continuation entre les associés survivants ; qu'il doit en être de même, *quoique la stipulation ne fut pas expresse*, si la nature de la convention, le but et l'objet que se proposait la société exclut formellement que la mort de l'un d'eux doive avoir pour conséquence la dissolution de la société ».

Cet arrêt semble affirmer la prépondérance possible du but et de l'objet d'une société sur la cause qui devait légalement en amener la dissolution, et malgré l'absence de la stipulation faite en temps utile permettant d'éviter une issue fatale. Mais il convient, comme pour un grand nombre d'autres sentences de la cour de cassation trop souvent citées en exergue, hors de leur contexte et élevées imprudemment au rang d'aphorismes, de ne pas séparer celle-ci des circonstances particulières à l'espèce. La décision est beaucoup moins significative que la précédente, quant à l'appréciation de la rivalité pouvant apparaître entre le terme statutaire et l'objet, à un certain moment de la vie sociale. Ici, les deux notions ne s'affrontent pas. La cour ne donne nullement la préférence à l'objet sur un terme fixé à l'avance. Elle ne fait qu'écarter, au profit de la collectivité des associés, une cause de dissolution anticipée liée *à la personne* — et non à la société, comme le serait le terme — d'un de ses membres — laquelle aurait eu des résultats désastreux.

276. — Un jugement du tribunal de la Seine du 16 mars 1894 (*J. E.*, 1894, n° 24407, 6°) parut admettre qu'en cas d'extension de l'objet social ne pouvant se réaliser qu'après l'expiration du terme prévu, il y aurait lieu d'en déduire que la réalisation de cet objet est alors substituée à la date fixée comme terme à la vie sociale. Mais il fut rendu en matière d'enregistrement : un acte modificatif des statuts étendant l'objet avait été soumis à la formalité de l'enregistrement, et l'administration en conclut, en rapprochant l'acte des statuts originaires qu'il emportait en fait, prorogation et qu'il devait, étant donné sa signification, être soumis au droit gradué qui frappe cette opération. Ici encore, en dépit des apparences, il faudrait bien se garder de conclure à la valeur juridique générale d'un tel mode de prorogation en droit privé, le fisc reconnaissant le fait — et surtout celui qu'il peut faire valoir à son avantage — plutôt que le droit.

SECTION II

LA CONCEPTION MODERNE

277. — Ces exceptions correspondent à des hypothèses très spéciales et traduisent une conception qui présume la durée choisie

pour la société toujours subordonnée à la réalisation de son objet, ce qui ne resterait vrai, à l'heure actuelle, que pour la société conclue strictement *intuitus rei*, dont l'exemple a déjà été examiné à propos de la concession administrative. Dans la même catégorie, on pourrait penser à l'exploitation d'une mine ou d'une carrière épuisable, ou à la construction d'un ensemble immobilier déterminé. Mais alors, dans ces cas, ainsi que le remarque très justement M^lle^ Petot (thèse, Paris, 1954, p. 151), la réalisation de l'objet est, par essence, adoptée comme terme de la société et en tient le rôle. Que les opérations sociales s'étendent plus ou moins dans le temps, lorsque la société se poursuit jusqu'au moment de cette réalisation et à condition bien entendu qu'elle ne s'adjoigne pas d'autres collectivités accessoires et extérieures à l'objet primitif, elle va simplement jusqu'à son terme et ne le dépasse pas, même si les associés avaient estimé que sa vie serait plus courte.

278. — Mais en règle générale, il faut maintenant poser comme principe, conformément à la notion moderne d'objet social et à la structure actuelle de la majorité des sociétés, que terme et objet ne s'interpénètrent plus en droit. On ne doit jamais perdre de vue, en effet, que les avis des auteurs anciens précédemment cités n° 273 (Vavasseur, Arthuys, Laurent, Pont) avaient été émis dans la perspective de la société de personnes et à son échelle, même après l'apparition récente de la société anonyme, dont on prévoyait encore mal les conséquences. Objet, durée, et consentement des associés formaient bloc. Il n'en est plus de même. L'esprit du contrat de société était autrefois : responsabilité illimitée en fonction d'un objet et d'une durée limités. C'est pourquoi la durée était fréquemment établie en considération de l'objet, de sa nature et des risques que son exploitation pouvait présenter. Cet esprit tend de plus en plus à devenir : responsabilité limitée avec possibilité d'un objet et d'une durée quasi illimités. Un changement relatif à l'objet équivalait jadis, quand cette décision n'entraînait pas la création d'un être moral nouveau, à une des plus graves modifications statutaires possibles, plus grave même que celle de la durée puisque jusqu'à la loi du 25 février 1953 retouchant l'art. 31 de la loi de 1867, la résolution ne pouvait en être prise, dans les sociétés anonymes, qu'au quorum minimum des trois quarts du capital social, tandis que la loi du 22 novembre 1913 avait déjà accordé la faculté de soumettre la proposition de prorogation aux actionnaires en plusieurs assemblées délibérant à des quorums décroissants du capital. Nous avons constaté, en étudiant l'influence de l'extension de l'objet sur la durée de la société, quel rapport étroit existait entre ces deux événements, plus étroit assurément encore dans l'ordre pratique qu'il ne l'était à la fin du XIX^e^ siècle. Mais il ne faut pas se méprendre sur la nature moderne de ce rapport et l'évolution qu'il a connu. Dominé par des facteurs économiques, il a subi un glissement du plan du droit, où il se tenait initialement, vers celui du fait, sous la pression d'impératifs

supérieurs à la volonté des associés contractuellement exprimée dans le pacte social et qui se manifeste dans la volonté propre des sociétés de s'enrichir. L'objet et ses limites n'ont plus à l'origine de la vie sociale l'importance qui leur était attribuée. Son maintien et son extension constituent des mobiles essentiels qui engagent à accroître la durée. Mais ils correspondent à *un fait,* dont le degré d'affirmation possible est imprévisible au départ, alors que la fixation de la durée dans les statuts devient et reste en permanence une question *de droit,* dès qu'on en adopte une. Admettre que l'extension de l'objet pourrait légalement entraîner par elle-même la prorogation de la durée reviendrait donc à substituer officiellement la puissance du fait à celle du droit, sauf si l'extinction d'un objet bien délimité avait été prise comme terme de la société. La poursuite de l'activité sociale et la persistance ou non de la société dans son être moral originaire appartiennent à des domaines différents ; si la continuation de l'une n'entraîne pas juridiquement le maintien de l'autre, il a été jugé réciproquement que l'interruption de l'activité d'une société ne mettait pas fin de plein droit à son existence, sauf clause contraire des statuts (Cass 5.1. 1953, *Bull. Cass.,* 1953.3.3., *J. C. P.,* 1953, n° 7724).

CHAPITRE III | LA CONTINUATION TACITE CONFORMÉMENT AUX STATUTS

279. — Nous avons vu que la société continuant ses activites après terme, tombe, en principe et à tout moment, sous le coup d'une action en nullité. Mais les opérations qu'elle est susceptible d'entreprendre, même si elles ne s'inscrivent pas, comme elles le devraient, dans le cadre d'une liquidation normalement effectuée, peuvent avoir un caractère plus ou moins accentué d'originalité par rapport à celles qui étaient autorisées ou prévues dans les statuts publiés lors de la constitution. Il est évident que toute entreprise nouvelle qui aurait impliqué une modification statutaire, parce que débordant les limites du contrat primitif, sera jugée beaucoup plus sévèrement que les actes demeurant dans le cadre de ce contrat, même expiré. Mais il est arrivé justement bien souvent que les associés aient continué la société sans lui apporter aucun changement et que, la demande en nullité intervenant, ils aient invoqué — non plus directement le maintien d'un objet non encore réalisé ou la nécessité inhérente à l'intérêt social d'en poursuivre l'exploitation, comme dans les cas examinés au chapitre précédent — mais leur accord tacite ou verbal et la stabilité de l'être moral dans la forme où il s'était présenté aux tiers et les garanties qu'il leur offrait, pour essayer d'obtenir le bénéfice d'une prorogation admise rétroactivement à la date du terme, ou d'une régularisation de la situation de fait, malgré la règle de l'art. 1865 civ. § 1 qui s'y opposait formellement : la société est dissoute par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. Parfois, et dans des circonstances toutes particulières, la jurisprudence a semblé avoir entériné une prorogation de cet ordre. Mais l'examen attentif des espèces où elle fut apparemment admise ne laisse aucune illusion : jamais les tribunaux n'ont permis, en réalité, une régularisation après terme. Ils n'ont fait qu'utiliser la faculté de tenir la société pour valable ou non, suivant les intérêts en jeu, et la doctrine s'est toujours déclarée résolument, à de très rares exceptions près, contre la possibilité d'une prorogation postérieure au terme, alors même que rien n'aurait été changé au contrat originaire.

SECTION I

LA DOCTRINE DEVANT LA VALEUR JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ CONTINUÉE TACITEMENT SANS MODIFICATIONS STATUTAIRES

280. — En doctrine, de nombreuses divergences apparaissent quant à l'appréciation de cette valeur. Certains auteurs estiment que la personnalité morale, demeurant sous l'entière dépendance du contrat d'où elle est née, a disparu totalement avec celui-ci, d'autres qu'elle s'est transformée, d'autres enfin qu'elle s'est conservée, mais d'une manière irrégulière.

281. — L'opinion ancienne considérant la personnalité morale comme une simple fiction de la loi la refuse à toute société constituée ou continuée irrégulièrement, c'est-à-dire hors d'un contrat passé ou renouvelé dans les formes légales, lesquelles comportent en premier lieu la rédaction d'un écrit (art. 1834 et 1866 civ.) ce qui exclut *a priori* toute prorogation verbale ou tacite : une personne morale n'existe pas sans un acte régulier qui la crée et procède du droit et non du fait (Delangle, *Soc. commerciales*. 2e éd., 1843, tome 2, n° 544 ; Labbé, note S., 73.2.79 ; Bourcart, note S., 1918.2.77). Sans contrat valable et publié, il n'y a plus de société, mais une simple indivision, sauf pour les besoins de la liquidation.

282. — Pour Houpin et Bosvieux (7e éd., n° 206), Piquecry (*J. Soc.*, 1930, p. 1), si les associés ont continué les opérations, même sur la base d'une prorogation tacite régularisée après terme, il y aurait nécessairement et dans tous les cas création d'un être moral nouveau, né de l'existence d'une société dite « de fait », ainsi définie par Capitant (*Vocabulaire juridique*) : « communauté d'intérêts résultant entre deux ou plusieurs personnes d'une collaboration analogue à celle qui est la conséquence d'un contrat de société, mais qui a lieu sans acte écrit et régulier ou en vertu d'un acte ultérieurement annulé pour cause de nullité absolue ».

283. — Hémard (2e éd., n° 181) ne pense pas qu'un être moral nouveau ait été créé dans le cadre d'une continuation sur la base des statuts primitifs et quand il n'y a eu ni dissolution déclarée, ni liquidation commencée, car cela ne correspondrait point à l'intention des parties. Il y a lieu de faire une distinction entre la société créée de fait, à l'origine, hors des principes légaux, et la société poursuivie irrégulièrement, qui devient de fait, mais n'en emprunte pas moins sa forme à celle qu'elle aurait dû constituer si elle avait été régulière, quand elle s'est présentée aux tiers sous la même forme (n° 400).

Dans la même ligne, selon Moreau (*Associations en participation*

et sociétés de fait, n° 159, p. 233) il n'y aurait pas substitution d'une société de fait à une société de droit, mais prorogation de fait, celle-ci étant à la prorogation de droit ce que la société de fait est à la société irrégulière.

284. — *En pratique*, ainsi que nous avions eu déjà l'occasion de le signaler au cours de cet ouvrage (n° 197), ces différences de conception restent sans influence sur le résultat final qui en découle pour la société : après terme, elle est toujours dans une situation instable qui permet aux intéressés d'en provoquer la dissolution. Il y a tout de même, à cet égard, une séparation à établir entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

285. — Dans les sociétés de personnes et en droit privé la prorogation tacite est admise dans les rapports entre associés (Houpin et Bosvieux, 7e éd., n° 206 ; Hémard, 2e éd., n° 174). Elle peut résulter seulement de ce fait que tous les associés, majeurs et maîtres de leurs droits ont, bien qu'il ne soit intervenu aucune convention expresse entre eux, continué les opérations sociales après l'expiration du terme assigné à la société (Cass., 24.12.77, S., 78.1.321 ; Rouen, 30.1.95, *J. Soc.*, 1895.317) et le droit fiscal s'était montré depuis longtemps libéral. Même avant les aménagements accordés spécialement aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes dans les années 1950-1954, l'acte de régularisation d'une société en nom collectif entraînait la perception du droit d'apport pur et simple de reconstitution, mais le droit de mutation afférent à la prise en charge du passif de la société ancienne censée dissoute par la nouvelle n'était pas dû, à condition qu'elle se soit reformée, *entre les mêmes personnes et avec la même répartition du capital*, c'est-à-dire précisément dans l'hypothèse où nous nous sommes placés : conformément aux statuts primitifs.

Et il apparaît logiquement que cette prorogation soit acceptable. L'être moral se maintient parce qu'il ne s'est jamais séparé de la personne et du consentement des associés, s'il n'y a eu aucune modification dans le personnel, la répartition de ses responsabilités et les clauses qui gouvernent les rapports de la société avec les tiers. La société est née d'un accord de volontés ; elle se poursuit en raison de la persistance de cet accord. Mais relativement stable entre les associés, traitée avec indulgence par le fisc, elle n'existe plus à l'égard des tiers qui auraient un intérêt juridique légitime à sa disparition. Elle continuera, mais au jour le jour, jusqu'à ce qu'un adversaire intéressé fasse annuler cette continuation (Thaller et Pic, 1907, n° 338).

286. — On pourrait croire que les sociétés à responsabilité limitée et certaines petites sociétés anonymes formées entre amis ou membres d'une même famille devraient juridiquement bénéficier de cette tolérance, sous réserve du respect des mêmes conditions : identité du personnel, capacité de tous leurs membres et maintien

rigoureux des statuts. Mais tel n'est pas le cas. La constitution et le fonctionnement de ces sociétés sont l'objet de règles précises édictées par la loi, qui doivent être observées, car elles ont pour effet de séparer la responsabilité personnelle des associés de celle de l'être moral, lui assurant ainsi une individualité beaucoup plus tranchée.

Il ne commence à exister qu'à partir du moment où toutes les formalités de constitution et de publicité qui vont l'imposer comme entité économique et juridique distincte seront accomplies Et de même, il ne subsistera après terme, vis-à-vis des tiers, que sur la base des formalités spéciales prévues pour sa prolongation et exécutées avant la fin du contrat qui l'a engendré. Si l'on réfléchit à la portée réelle de ces actes, destinés à extérioriser l'être, on s'aperçoit qu'ils ont pour conséquence, non seulement de protéger les tiers et les associés, mais aussi de protéger la société elle-même. La personnalité morale de ce type de société est certainement plus accusée que celle de la société de personnes. Elle est également plus vulnérable, car elle n'est pas appuyée par la caution individuelle et indéfinie de chacun de ses associés. Il est dès lors évident que tout vice de formation la rendra très fragile. De plus, dans une société par actions d'une certaine importance, le nombre et la qualité de ses actionnaires peut changer à tout moment. On ne saurait donc concevoir une poursuite fondée sur le consentement tacite et permanent d'une collectivité d'associés par nature variable. En admettant que cet accord tacite et unanime se soit manifesté cependant en une ou plusieurs occasions et en lui conférant la valeur maximum qu'il pourrait avoir, il serait impossible de raccorder sa signification juridique à celle que l'on peut, à propos du même cas, découvrir dans les sociétés de personnes, dont la vie a sa source dans le consentement *continu* de leurs membres, qui ne peuvent s'en détacher librement. Nous pensons néanmoins que la personnalité morale est susceptible de se maintenir, si aucune dissidence de ses adhérents n'y met obstacle, mais pour des raisons qui ne tiennent pas à une orientation positive de leurs volontés dans cette direction, que cette volonté se soit ou non exprimée dans un écrit. L'activité propre de la société, agissant d'une manière de plus en plus indépendante de ses associés a, en effet, affirmé peu à peu cette personnalité hors du contrat de formation ; elle est née d'un ensemble de circonstances qui ont été sans doute voulues et provoquées à l'origine mais dont le développement a progressivement échappé au contrat, de telle sorte qu'un état social est résulté de cette activité, et dont on ne peut nier la réalité, quel que soit l'angle sous lequel on l'envisage et le nom qu'on lui donne. En ce sens, il y a certainement, après l'échéance du pacte, conservation de l'être moral, au-delà même des nécessités de la liquidation et de l'approbation de la totalité de ses participants. Et la meilleure preuve en est qu'il n'aurait pas eu besoin de cette dernière — sauf stipulation spéciale introduite à cette fin dans les statuts d'une S. A. R. L., où une telle clause n'est pas encore prohibée — pour

exister valablement, comme à la constitution, si la décision de le continuer avait été prise à temps. La loi, en prévoyant que ce type de société se prorogerait normalement selon des règles majoritaires, a implicitement reconnu la force de cet état social. Mais elle a voulu aussi que sa portée juridique, vis-à-vis de la préservation de la société, n'apparaisse qu'en liaison avec un contrat en vigueur. On peut dire que l'état social aide le contrat à se maintenir et à se transformer. Mais il n'y supplée pas lorsque ce dernier a disparu, faute de renouvellement, de même que la continuation de l'objet et son extension incitent les associés à prolonger la société, mais ne font pas office de prorogation, sauf si l'extinction de l'objet et la fin de la société doivent se confondre obligatoirement

SECTION II

LES APPARENTES EXCEPTIONS FAITES PAR LA JURISPRUDENCE

287. — Aussi, la quasi totalité de la jurisprudence est-elle sans contestation possible, d'accord avec la doctrine pour repousser la validité d'une prorogation après terme, même si les associés avaient poursuivi l'activité sociale strictement dans le cadre contractuel primitif. Il y a cependant quelques exceptions dans lesquelles, d'après les expressions employées dans les jugements et arrêts en cause et les commentaires qu'en firent certains auteurs, le principe a semblé recevoir des atteintes. Mais le particularisme des espèces jugées et les raisons qui ont motivé les décisions rendues, quand on les étudie de près, loin de traduire une indulgence des tribunaux, n'en font ressortir finalement que la sévérité générale.

288. — Un arrêt de la chambre civile du 4 février 1901 (*J. Soc.*, 1901, p. 489, S., 1903.I.49) admet implicitement une prorogation faite avec deux ans de retard. Une société arrivée à expiration, nous dit le résumé de l'arrêt paru au *J. Soc.*, « ne se trouve pas nécessairement dissoute par la seule échéance du terme, et lorsque ces membres ont continué, en fait, l'œuvre commune, il importe peu que l'acte de prorogation régularisant cet état de fait n'ait été souscrit que plusieurs années après l'échéance du terme assigné à la société originaire, le juge du fait ayant la latitude de décider que c'est le même être moral qui a subsisté, *dès lors que le clauses essentielles régissant les associés demeurent les mêmes.*

Quel crédit attacher à cette affirmation péremptoire ?

Il s'agissait, en l'espèce, d'une association fondée en 1834 par quatre prêtres pour loger, entretenir et instruire les élèves présents et futurs du séminaire de Saint-Omer. La société devait expirer

vingt-cinq ans plus tard, le 15 mai 1859. Mais elle continua sans avoir été expressément prorogée. La situation de fait ne fut régularisée qu'avec deux ans de retard, le 1er octobre 1861. Entre temps, deux des prêtres étaient morts et cinq membres ecclésiastiques nouveaux s'étaient adjoints. En 1881, la société s'augmenta de dix autres membres, laïques, et se transforma en société par actions. Le droit de mutation à titre onéreux des biens sociaux entre les membres de l'ancienne société réputée dissoute et ceux de la nouvelle fut alors perçu, mais son montant calculé sur la valeur des biens à la date du 15 mai 1859, comme si l'association primitive s'était déjà trouvée dissoute à cette date (l'échéance prévue initialement) sans tenir compte de la continuation de fait et de la prorogation intervenue deux ans plus tard, que la cour suprême considéra comme valable, en cassant l'arrêt du Tribunal de Saint-Omer :

« Attendu qu'il résulte des constatations du jugement attaqué que la société fondée le 14 mars 1834 a été prorogée le 1er octobre 1861 et n'a été dissoute qu'en 1881 ; que par suite le droit proportionnel de mutation devait être calculé au 14 mars 1834, date de l'apport des immeubles par les fondateurs de la société ; que c'est donc à tort que la contrainte a calculé la valeur des apports à la date du 15 mai 1859... casse et annule le jugement du Tribunal de Saint-Omer de ce chef ».

Il faut observer à quel point le cas est particulier. Sans doute la société, si on la considère sous l'aspect d'une société de personnes, avait-elle commis un acte de principe exclusif de la tolérance admise pour ces sociétés quand elles maintiennent leur *statu quo*, c'est-à-dire n'apportent aucune modification à leur personnel, puisque cinq nouveaux membres s'y étaient adjoints, après le décès de deux des premiers, mais il s'agissait, en fait, non d'une société, ce que les termes de l'arrêt passent sous silence, mais d'une association religieuse sans but lucratif (à laquelle même A. Wahl (note au Sirey) dénie la personnalité morale) s'étant transformée en société par actions. La cour admet bien ici, la validité de la prorogation tardive, mais sans aucunement en faire une règle générale et constate aussitôt après, pour autoriser la perception du droit de mutation, qu'il y a eu formation d'un être moral nouveau.

289. — L'arrêt de la cour de Paris du 12 mai 1926 (*J. Soc.*, 1927, p. 43, S., 1927.2.27 ; *Gaz. Pal.*, 1926.2.253, *Journ. trib. com.*, 1926. 438) infirmant un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 23 mars 1925 fut l'un des plus discutés en la matière, dans ses conclusions, mais tous ses commentateurs, adversaires ou partisans y virent l'admission de la prorogation d'une société anonyme, s'étant continuée sur la base de ses statuts antérieurs.

La prorogation de ladite société avait été votée par une assemblée générale extraordinaire réunie sur troisième convocation, entachée d'une nullité relative (la convocation n'avait pas été insérée au *Bulletin annexe du Journal officiel*) tout en ayant délibéré au quo-

rum et à la majorité prescrits, mais les actionnaires qui intentaient l'action en nullité se trouvaient avoir approuvé tacitement la prorogation après l'expiration du terme de la société arrivé en février 1921, manifestant par leur présence aux assemblées suivantes et par l'approbation des comptes de plusieurs exercices leur intention de tenir la décision pour valable, ceci pendant plus de trois ans.

En novembre 1924, dès l'assignation en nullité, la société avait régulièrement convoqué une nouvelle assemblée, qui avait décidé une seconde fois la prorogation dont la validité était contestée, mais pour une durée supérieure à celle fixée par l'assemblée précédente. La cour spécifie à ce sujet qu'alors même que la nullité de l'assemblée irrégulièrement convoquée serait encourue, la dissolution de la société ne s'ensuivrait pas nécessairement, puisque la nouvelle assemblée, régulièrement tenue après l'expiration du terme fixé pour la durée de la société, avait décidé de nouveau la prorogation.

« Considérant... qu'on ne saurait méconnaître la réalité des faits d'où il ressort que depuis l'assemblée générale incriminée du 2 février 1921, la société anonyme Banque Petijean et C^ie^ n'a pas cessé de fonctionner ; qu'elle a continué ses affaires comme par le passé, *sans aucun changement au regard des tiers* et de la clientèle, aux yeux de laquelle la banque avait toujours *la même direction* et *la même raison sociale ;* que la *prorogation* de la société, *d'ailleurs régulièrement publiée* a eu pour effet, en réalité, sinon de constituer un état de droit, du moins de consacrer en fait l'existence de la société résultant de la continuation des opérations sociales... que celles-ci s'étant continuées sans interruption *et sans modification apparente,* il apparaît bien que la société ainsi prorogée doit être considérée comme la continuation de l'ancienne société depuis 1921... que la délibération nouvelle du 4 janvier 1925, distincte de celle du 2 février 1921 est intervenue à une époque où la société prorogée en fait fonctionnait normalement et où le contrat qui liait les associés conservait toute sa force et qu'elle a modifié la vie sociale par une autre résolution spéciale et distincte en la prorogeant jusqu'au 2 février 1946, c'est-à-dire pour une durée plus longue que celle précédemment fixée par l'assemblée de 1921 ».

Houpin (note au *J. Soc.*), Moreau (n° 333), Coulombel (*Du particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé,* thèse, Nancy, 1949) estiment, sans approuver l'arrêt, qu'il a très nettement admis le principe de la validité d'une prorogation après terme, laquelle ne pouvait empêcher que la société ait cessé d'exister et ait fait place à une société nouvelle, à défaut d'observation des formalités prescrites pour la constitution et la publication des sociétés anonymes.

H. Rousseau (note au Sirey) félicite au contraire la cour d'avoir « porté un coup décisif à la théorie surannée qui fait de la personnalité morale un pur bienfait de la loi : on ne voit pas pourquoi la volonté des associés qui peut, en marge de la loi, créer une société en nom collectif de fait, ne pourrait pas créer une société

annoyme, lorsque les formes que la loi imposent à cette société pour la sauvegarde des tiers ont été respectées. La cour de Paris affirme (nouvelle atteinte à la théorie de la personnalité morale bienfait de la loi) que la société primitive et la société issue de la seconde assemblée générale extraordinaire ne forment, malgré l'hiatus apparent de la société de fait, qu'une seule et même société...

290. — Nous ne pouvons nous rallier entièrement à cette opinion, car l'importance du consentement est essentiellement autre dans la formation et la continuation des sociétés par actions et celles des sociétés de personnes. Dans ces dernières, il est nécessaire et suffisant, puisqu'il naît du choix d'un objet précis dans la volonté des parties, entraîne une responsabilité illimitée et demeure la condition même de la poursuite de la vie sociale. Dans les sociétés par actions, s'il est requis à l'origine (où il n'intervient du reste la plupart du temps que par simple adhésion passive quant à la réalisation de l'objet) son rôle est rapidement limité par le jeu des règles majoritaires qui gouvernent le fonctionnement de ces entreprises. En contre partie, la loi a édicté que les formes lui donnant expression soient respectées, et il est impossible de se soustraire à cette obligation sans ôter à ce type de sociétés la structure nécessaire et voulue qui les caractérise. Mais à notre sens, et malgré l'exposé de motifs rédigés en termes trop généraux en l'espèce, ce qui peut prêter à confusion, la cour n'a pas réellement énoncé le principe de l'approbation d'une prorogation *tardive* qui resterait valable du seul fait du consentement des associés. Pour une société anonyme, cette prorogation aurait une nullité absolue. Mais tel n'était pas le cas : la prorogation avait été décidée *avant* terme, aux conditions de quorum et de majorité prescrites, et régulièrement publiée. Elle ne se trouvait en fait, entachée que d'une nullité toute relative, due au défaut d'insertion de la convocation au bulletin annexe du Journal officiel. L'omission de cette formalité n'avait qu'une importance secondaire, et il est peu probable que son exécution eût modifié le résultat de la délibération de la première assemblée générale, les associés voulant l'invoquer à retardement n'ayant depuis, en aucune circonstance, manifesté leur opposition à la prorogation, aux conséquences de laquelle ils s'étaient conformés sans équivoque, ce qui rendait leur prétention fort mal venue et intempestive. De plus, il faut remarquer que ce conflit restait purement *interne* à la société. La décision avait été régulièrement publiée et aucun tiers intéressé n'avait émis de protestation à son sujet ni argué d'un préjudice. Dans ces conditions, la demande formulée par un groupe d'associés depuis longtemps au courant de la situation ne pouvait que revêtir le caractère d'un abus de droit, préjudiciable à toute la collectivité. Il était juste, à ce titre, de la repousser.

291. — A l'inverse des cas précédents, il est arrivé que certaines sociétés ayant continué leur activité au-delà du terme sans aucune modification apparente de leur comportement à l'égard des tiers invoquent, à un moment de cette existence de fait, la qualité de société de fait, présumée en nom, pour échapper aux impôts sur les autres sociétés commerciales et bénéficier de l'exonération fiscale accordée en la matière par la loi du 1er décembre 1875.

Telles furent deux espèces, l'une jugée par le tribunal de Montpellier (12 avril 1943, *R. E.*, 1947, n° 12120), l'autre par le Conseil d'Etat (*C. E.*, 4.6.1958, *Rev. trim. dr. com.*, p. 545). Dans l'un et l'autre cas, il s'agissait de sociétés à responsabilité limitée qui prétendaient s'être dissoutes à leur terme et être devenues, à partir de cette date, sociétés en nom, sans que les tiers en eussent été d'ailleurs avertis, rien ne permettant de soupçonner une semblable transformation.

La première des S. A. R. L. était parvenue à son terme de droit, sans entrer en liquidation. Au contraire, le gérant, poursuivant la société, avait continué aussi à payer pendant quatre ans les impôts afférents aux distributions de bénéfices, mais avec des retards qui le rendaient passible de pénalités et firent l'objet d'une contrainte de la part de l'administration. Opposition à cet acte de poursuite ayant été formée, le gérant fit valoir la disparition juridique de la S. A. R. L. depuis son terme et sa transformation en société en nom collectif le 22 juin 1938 avec effet rétroactif à compter du 1er septembre 1934. Le tribunal n'en condamna pas moins la société, la considérant alors comme tacitement prorogée et à ce titre assujettie aux pénalités entraînées par le retard dans le paiement des impôts sur les sociétés.

« Attendu... qu'il est admis, tant en doctrine qu'en jurisprudence, que la prorogation d'une société *peut être tacite* et résulter du fait que cette dernière a poursuivi ses opérations... »

Mais cette affirmation n'a aucune portée générale, car le tribunal la retourne contre le défendeur, en ajoutant peu après : « que cette prorogation n'ayant pas fait l'objet de la publicité légale encourt la nullité, mais qu'il est de jurisprudence constante que cette nullité ne peut être invoquée par les associés contre les tiers et que les tiers eux-mêmes peuvent, à leur gré, ou la soulever, ou considérer la société comme valable... que l'administration de l'enregistrement qui, en tant que créancière de la S. A. R. L., est un tiers peut donc négliger la nullité et ne peut pas se voir opposer cette nullité ». Et enfin apparaît aussitôt la prohibition formelle de la consécration de l'état de fait invoqué : « que les opposants soutiendraient vainement que l'acte sous seing privé du 22 juin 1938, en décidant la transformation rétroactivement à compter du 1er septembre 1934 de la S. A. R. L. en société en nom collectif a eu pour conséquence de consacrer cette dernière forme de la collectivité pendant la période intermédiaire au cours de laquelle elle a fonctionné en fait ».

La même solution est exprimée par la décision du conseil d'Etat

du 4 juin 1958 (*Rec. Lebon*, 1958, p. 305) dans une espèce presque identique : arrivée à son terme dans le courant de l'année 1952, en l'ignorance du gérant, une S. A. R. L. avait continué à fonctionner comme telle et à souscrire les déclarations de bénéfices. Puis s'apercevant que le terme était échu, le gérant fit proroger la société en 1953 par acte rétro-agissant au 1er janvier 1953 et demanda que la société soit, pour la période comprise entre l'arrivée du terme et le 1er janvier 1953, considérée comme société de fait, soumise à l'impôt sur les personnes physiques, et non comme une S. A. R. L., soumise à l'impôt sur les sociétés.

Le C. E. a repoussé cette demande, la société ayant continué à exercer son activité à l'égard des tiers en qualité de S. A. R. L. Le commissaire du gouvernement fait ressortir dans son rapport, que la jurisprudence civile interprétant extensivement les articles 1865 et 1866 du code civil admet qu'en l'absence d'un acte exprès de prorogation, la société dont le fonctionnement se prolonge sans changement continue à produire à l'égard des tiers de bonne foi les mêmes effets juridiques que par le passé et qu'en conséquence, la société en cause doit être soumise en qualité de S. A. R. L. à l'impôt sur les sociétés.

Mais c'est toujours dans la même optique fiscale qui donne la préférence au fait sur le droit qu'une S. A. R. L. parvenue à son terme et continuant à fonctionner comme telle est censée prorogee et régulièrement soumise à l'impôt sur les sociétés. La valeur de la prorogation tacite n'en est pas reconnue pour autant. Le sort de la société reste, à partir du terme, entièrement dépendant du bon vouloir des tiers, ce qui signifie qu'il devient des plus aléatoires.

SECTION III

LES AMÉNAGEMENTS FISCAUX DES ANNÉES 1950-1954 APPLIQUÉS JUSQU'A L'ORDONNANCE

292. — Cependant, l'administration fiscale n'a pas toujours utilisé dans le sens de la sévérité la liberté d'interprétation dont elle disposait à l'égard des sociétés devenues irrégulières. Elle s'en est aussi servi pour faciliter leur régularisation dans de nombreux cas, au cours des dix dernières années avant l'ordonnance, et l'on peut dire qu'elle avait fini, avec certaines réserves, par s'incliner devant un fait observé de plus en plus fréquemment. Peu à peu une série de tolérances s'étaient introduites dans la pratique pour rendre possible la prorogation rétroactive des S. A. R. L. et même des S. A. (Leblond, *Gaz. Pal.*, 1957.II, Doctrine, p. 73) lorsque ces sociétés s'étaient montrées, même après l'échéance de leur terme, strictement fidèles à leurs statuts, sans prétendre adopter un autre régime fiscal que celui qui gouvernait déjà leur vie sociale.

293. — C'est ainsi qu'en matière d'enregistrement l'administration admit, en cas de prorogation avec effet rétroactif d'une société arrivée à son terme, par mesure de tempérament et sauf circonstances exceptionnelles, qu'il n'y avait pas création d'un être moral nouveau, et ne perçut dès lors que le droit proportionnel de prorogation, à l'exclusion du droit de vente sur la prise en charge du passif, et la taxe de publicité foncière quand l'acte était présenté à la transcription (Rep. secr. Etat Budget à Joseph Denais, *Débats A. N.*, 9.2.1954, p. 153, n° 9052).

294. — L'administration des contributions directes se montra tout aussi libérale, mais en partant d'un point de vue un peu différent : elle appliqua aux sociétés régularisées, qu'elle considérait comme devenues de fait, les principes qui régissent les transformations de sociétés effectuées sans création d'un être moral nouveau, pour les exonérer du paiement des impôts afférents à la cessation d'entreprise car les transformations n'entraînent pas une telle cessation, à la condition qu'aucune modification ne soit apportée à leur occasion à la société et à ses évaluations comptables. Ce principe, appliqué « *mutatis mutandis* » au cas de prorogation rétroactive d'une société dissoute par l'arrivée de son terme, conduisit à admettre qu'il n'y avait pas cessation d'entreprise lorsqu'aucune modification n'était apportée à l'objet et aux évaluations comptables de la société prorogée rétroactivement, en sorte que l'imposition des plus-values, provisions, réserves et dotations demeure possible dans la société prorogée.

Notamment, dans le cas où une S. A. R. L. était prorogée rétroactivement après l'expiration de sa durée, l'administration a admis, *a priori* que cette société pouvait, du fait de sa prorogation, être considérée comme n'ayant pas cessé d'exister et ne devait pas faire l'objet d'une imposition immédiate à raison des plus-values afférentes aux divers éléments de son actif, à la condition que la société ait continué à se conformer aux obligations fiscales incombant aux S. A. R. L. et qu'aucune modification n'ait été apportée à son objet et à ses opérations comptables (*J. O.*, 7.10.1950, *Débats A. N.*, p. 6856, n° 12513).

295. — Il arrivait parfois que la société ait fonctionné plusieurs années comme société de fait avant sa régularisation. Les plus-values et les bénéfices réalisés pendant cette période prolongée de son existence et dont l'imposition avait été différée ne tombaient pas davantage sous le coup du paiement immédiat de l'impôt dû lors de la cessation de l'entreprise, sous réserve du respect des deux conditions précédentes, même objet, mêmes évaluations comptables, auxquelles s'ajoutait alors une troisième : il fallait que la société fût exclusivement composée des anciens membres de la société de fait (Rép. Ed. Depreux, *J. O.*, 13.2.1952, *Débats C. R.*, p. 503, n° 2949).

296. — C'était en se fondant sur la fiction d'une transformation néanmoins conservatrice de l'être moral, reconnaître en réalité la poursuite de la même société au-delà du contrat constitutif quand elle avait fonctionné conformément à ses anciens statuts. Tolérance certes large, et qu'il fut souvent possible d'appliquer, mais plus limitée qu'il ne le paraît à première vue par les règles attachées à son obtention. Lors d'une prorogation décidée avec peu de retard sur le terme, il pouvait être relativement facile de réunir les conditions requises. Mais plus on attendait, plus celles-ci risquaient de faire défaut, partiellement ou totalement, en raison de l'élan propre à la société qui l'entraîne à s'étendre hors du cadre prévu à sa formation. Il faut donc considérer ces aménagements comme des procédés dont l'utilisation n'avait tout d'abord d'efficacité que sur le plan fiscal, dépendant pratiquement d'une décision rapide d'associés demeurés les mêmes, dans des entreprises d'importance encore assez restreinte pour que tel puisse être le cas. Et la société n'était pas mise à l'abri de la possibilité d'une demande en dissolution appuyée sur des motifs appartenant au domaine du droit privé.

CHAPITRE IV

LA PERSISTANCE DE LA SOCIÉTÉ INVOQUÉE POUR LES BESOINS DE LA LIQUIDATION

297. — L'hypothèse est, cette fois, différente : la dissolution de la société a été constatée de telle sorte qu'elle est entrée dans la phase de sa liquidation normale. Sans dissolution déclarée, alors qu'un événement a marqué le terme légal de sa destinée, elle est à la merci de tous les adversaires de son maintien. Elle est devenue irrégulière. Mais à partir du moment où sa fin prochaine et les mesures qui en découlent sont officiellement portées à la connaissance des tiers, elle conserve un certain degré de stabilité et bénéficie des prérogatives attachées à la survie de la personnalité morale prévue pour l'achèvement de ses opérations en cours, lui ouvrant encore un large domaine d'actions reconnues comme licites. On a alors cherché à étendre les limites — imprécises en elles-mêmes — de ce domaine jusqu'aux frontières extrêmes derrière lesquelles serait incluse la possibilité de remettre le pacte social primitif en vigueur. Trois circonstances légales peuvent conduire à la disparition de la société : ou elle a été dissoute judiciairement, et il n'y a évidemment plus rien à faire pour s'opposer à sa condamnation, ou elle a pris une décision de dissolution anticipée qui l'a suspendue prématurément, ou elle est arrivée à son terme contractuel sans avoir été prorogée. Elle commence donc sa liquidation, puis les associés s'aperçoivent, ou déclarent s'apercevoir, pour masquer l'imprudence ou l'omission commise, qu'il serait plus avantageux de poursuivre l'entreprise et invoquent une sorte de faculté de repentir qui aurait sa justification dans la vie de l'être moral, non encore éteinte, et qu'on devrait par suite pouvoir ranimer. A ce propos, il y aurait lieu logiquement d'établir alors une distinction entre l'hypothèse où la dissolution est la conséquence d'une résolution prise avant terme et celle où elle est due à l'échéance du terme. Avant l'ordonnance, la doctrine restait ici d'ailleurs partagée. Mais en pratique, la jurisprudence se montrait uniforme : pas plus dans le premier cas que dans le second la société ne pouvait revenir sur un acte accompli, soit volontairement

au cours de la vie sociale, soit par le jeu du contrat. Néanmoins, quelques dissidences se sont manifestées, plus apparentes que réelles, comme dans les autres tentatives de prorogation tardive fondées sur la persistance de l'objet ou le maintien de l'activité conformément aux statuts. Il est intéressant d'examiner les points de vue et les causes concrètes qui les ont provoquées, car cette étude permettra de constater à nouveau la précarité de ces essais de prorogation entrepris après coup.

SECTION I

LA PROROGATION TENTÉE APRÈS UNE PREMIÈRE DÉCISION DE DISSOLUTION ANTICIPÉE

298. — Le cas est le suivant : les associés ont voulu dissoudre la société avant son terme contractuel. Et ils désirent rapporter les effets de cette résolution par la décision inverse, qui consisterait à stipuler qu'elle se prolongera au moins jusqu'à la date antérieurement prévue pour son expiration. Pour une société de personnes dans laquelle toute poursuite de la vie sociale resterait fonction de la volonté unanime des associés, il n'y aurait pas de difficultés sérieuses. La dissolution ayant été résolue à l'unanimité pourrait certainement être suspendue en application du même principe. Mais ici, l'on suppose qu'elle a été acquise par le vote majoritaire d'une assemblée d'associés (dans une S. A. R. L. où les statuts le permettent) ou d'actionnaires d'une société anonyme, qui a interrompu l'élan d'un être moral affirmé au-dessus de l'individualité des associés. Un vote de cette nature, avec l'appui conféré à la société par les résultats positifs de sa vie indépendante, suffit pour en déterminer la prorogation. Mais il suffit également pour provoquer sa suspension lorsque la vitalité sociale diminue. Il s'agit de savoir si, cette dernière donnée restant identique à elle-même ou s'étant améliorée, un vote de dissolution ne pourrait être abrogé par un autre, émis dans des conditions de majorité équivalentes et qui aurait, comme pour la prorogation, son soutien dans l'état social précédent ou mieux encore, un état redevenu prospère, lequel devra, de toute façon, se maintenir jusqu'au partage définitif. La collectivité des associés, pour démontrer la validité de son revirement, invoque alors la mobilité d'action gardée par un être moral non encore éteint, une reprise inespérée des affaires, ou les difficultés imprévues que soulève la liquidation dans l'immédiat. Faut-il lui accorder la faculté de revenir sur sa première détermination, ou doit-on considérer que celle-ci a rompu définitivement les liens entre les associés et leur société, parce que celle-ci était déjà, de par sa structure, devenue extérieure à leurs volontés et qu'ils auraient, en quelque sorte, mis à mort un être distinct de leurs per-

sonnes ? Derrière ce problème apparaît en réalité toujours la lutte entre le contrat et l'état social, et la même question se pose encore sous un autre aspect : auquel de ces deux facteurs donner la priorité ? L'un et l'autre ont, en l'espèce, même en restant sur le seul plan du droit, leurs défenseurs et leurs adversaires.

299. — Selon Lacour (*J. Soc.*, 1913, p. 97) il n'y a pas de possibilité de rapporter le vote d'une assemblée générale extraordinaire d'actionnaires ayant prononcé la dissolution anticipée d'une société par la délibération d'une assemblée votant en sens contraire. L'argument qui s'appuie sur le maintien de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation est ici sans valeur. Toute mesure destinée à faciliter cette dernière opération est admissible. Mais la mesure envisagée ne saurait entrer dans le domaine des actes autorisés, si nombreux soient-ils, car elle va précisément à l'encontre de la fin poursuivie et son but est d'interrompre la liquidation en la rendant désormais inutile par le fait que la société recommencerait à fonctionner. En outre cet auteur estime, comme Bosvieux (*J. Soc.*, 1926, p. 449) que la dissolution constitue un droit acquis, non seulement pour les créanciers sociaux à l'égard de l'actif brut, mais aussi pour *chacun* des actionnaires, dissidents y compris, sur une fraction de l'actif net, et le lien social ayant disparu, ce droit ne peut être détruit par une décision de la majorité ; on ne peut attribuer à des assemblées générales postérieures à la décision de dissolution le droit de prendre des décisions en opposition formelle avec leur mission.

300. — Toutefois, Lacour et Bosvieux admettent des tempéraments à ce principe suivant le degré d'exécution et de publicité que la première mesure aurait ou non reçu : si elle n'avait pas été publiée dans le délai légal, elle serait réputée non avenue et tout intéressé aurait le droit de considérer la société comme existant encore. Les associés ne pourraient opposer aux tiers la nullité de leur délibération, tout en étant fondés à s'en prévaloir dans leurs rapports entre eux. Mais s'il n'y avait eu qu'un simple projet non publié, et sans commencement d'exécution — et dans ce cas seulement — la dissolution pourrait être rapportée. Il y aurait eu léthargie de la société, et pas mort.

301. — L'opinion opposée, d'après laquelle la liquidation peut être révoquée par les associés, a eu de nombreux représentants parmi les auteurs étrangers anciens (Renaud : *Das Recht der Commandit Gesellschaften*, p. 528.533 ; Noeldeke : *Die Fortdauer der Gesellschaft während der Liquidation*, 1887, p. 51 ; Cesare Nani : « Questioni relative alle societa commerciale en liquidazione », Estratto de la *Foro Italiano*, Anno XVII, Fas. VII, p. 16).

Si, pendant la liquidation, les associés prennent la décision de continuer la société, ils ne forment pas une société nouvelle, mais c'est la société moribonde qui se réveille à une nouvelle et plus intense vie (Noeldeke, *précité*).

Selon Vavasseur (« Dissolution des sociétés et reconstitution », *R. S.*, 1896, p. 26), une assemblée extraordinaire peut également, en principe, rapporter la dissolution anticipée décidée antérieurement : sans doute aucun pouvoir ne lui est donné, ni par la loi, ni par les statuts pour cette abrogation, mais par là même que la majorité était souveraine pour décider la dissolution, elle avait manifestement le droit de la refuser, et par une conséquence logique on doit lui reconnaître celui de revenir sur sa décision.

302. — Dans une optique plus moderne, Charles Collin (« La faculté pour une assemblée générale d'actionnaires d'annuler les décisions d'une assemblée précédente », *Rev. Trim. dr. des sociétés et du dr. financier*, 1937, p. 149-175, *référence précitée*, n° 191), se basant sur cette constatation que les changements de majorité au sein des assemblées correspondent à un fait souvent observé dans l'activité économique contemporaine (par exemple, l'acquisition d'une fraction importante du capital social d'une société anonyme par une autre entreprise peut entraîner un bouleversement de sa conduite commerciale) exprime l'opinion suivant laquelle l'existence de résolutions antérieures est sans influence sur les pouvoirs d'une assemblée, *la volonté sociale ayant la même autonomie que celle des personnes physiques.* Seuls les droits acquis par les tiers seraient susceptibles de restreindre cette omnipotence. Quand la dissolution d'une société a été publiée, puis rapportée, les tiers seraient donc fondés à se plaindre dans la mesure où ils auraient subi un préjudice du fait de ce revirement, parce qu'ils auraient établi leurs prévisions sur la réalisation d'un événement annoncé, mais qui n'a pas eu lieu. Ils pourraient alors trouver là, mais là seulement, la justification d'une demande de dommages-intérêts. Toutefois, cette circonstance ne constitue pas une limitation de principe au pouvoir de l'assemblée de revenir sur la décision ayant entraîné la dissolution.

303. — Comment a réagi pratiquement la jurisprudence dans les cas où une dissolution de société anonyme fut décidée, puis rapportée ?

Deux arrêts anciens de la cour de cassation (Req., 7.5.1890, D., 1891.1.289 et Req., 9.7.1891, S., 1893.I.301) semblent autoriser la révocation de la première décision sans qu'elle entraîne constitution d'une société nouvelle et sont souvent cités par les partisans de cette solution. Mais ils ne sont pas en réalité plus significatifs l'un que l'autre quant à l'admission du principe.

Dans le premier arrêt, la cour suprême ne rejette pas catégoriquement la possibilité de l'abrogation, mais elle ne l'admet pas non plus d'une manière positive : elle se refuse simplement à répondre à la question de savoir si la reconstitution était valable, motif pris de ce que cette question soulevée par le pourvoi n'avait pas été soumise au juge du fond : « Qu'en vain, les demandeurs en cassation soutiennent que la délibération du 7 septembre 1883

n'a pu avoir pour résultat de rétablir la société dans ses anciennes conditions d'existence parce qu'il s'agissait de la création d'une société nouvelle et que les formalités imposées par la loi du 24 juillet 1867 n'ont pas été remplies ; que ces questions soulevées par le pourvoi n'avaient pas été soumises au juge du fond, *qu'elles sont mélangées de fait et de droit* et ne peuvent en conséquence être portées pour la première fois devant la cour de cassation... ».

Ici, la dissolution avait été, il est vrai, votée avec nomination de liquidateurs. Elle avait donc un caractère officiel, mais dans la deuxième espèce, elle n'était restée qu'à l'état de projet non publié, et les juges en ont déduit, d'après les circonstances de cette cause qu'elle pouvait être modifiée par une seconde assemblée générale extraordinaire : « ... mais que l'arrêt constate que cette délibération *n'avait reçu aucune publicité* et qu'elle fut rapportée par une autre délibération ». De plus, les demandeurs en nullité étaient des créanciers de la société postérieurs à la décision rapportant la dissolution, mal fondés à intenter une action à ce titre.

304. — La solution de la Régie du 7 avril 1892 (S., 1892.II, p. 119) paraît être d'une portée beaucoup plus générale et envisager l'opération avec une large tolérance : l'acte par lequel une société commerciale qui s'était dissoute par anticipation est, avant que la liquidation ne soit terminée, déclarée continuer le cours de ses opérations selon la loi et ses statuts, n'est ni une constitution de société nouvelle, ni une prorogation de société passible du droit gradué. Mais cette décision, d'ailleurs critiquée par A. Wahl, a été rendue en matière fiscale et ne traduit pas une prise de position de la jurisprudence de droit privé. De plus, l'affaire se présentait, en droit privé, sous un jour assez particulier. Il n'avait pas été assigné à ladite société une durée déterminée (seulement une durée maximum de vingt ans). Son existence était axée sur la réalisation de son objet : la mise en valeur de terrains situés aux Buttes Chaumont. A un certain moment, la dissolution avait été décidée par délibération régulièrement publiée, puis elle fut ensuite rapportée, le liquidateur ayant démissionné à la suite de difficultés rencontrées pour réaliser l'actif social. Mais il semble délicat, en l'espèce, de parler d'une véritable dissolution anticipée suivie de reconstitution, puisque la durée n'avait pas été fixée : elle pouvait être de vingt ans mais aussi nettement plus courte, sans avoir été autrement précisée, et le délai maximum imposé par le contrat n'avait pas été modifié par la seconde délibération.

305. — Nous n'avons découvert qu'une seule approbation incontestable de la possibilité de « repentir » des associés d'une société anonyme dans un jugement du tribunal de Nice (28.2.1938, S., 1939.2.97) :

« ... qu'il apparaît qu'une société en liquidation amiable n'ayant pas cessé d'exister peut, tant que durent les opérations de partage, reprendre une existence normale par la volonté des associés »,

mais, toutefois ajoute le jugement, adoptant l'opinion de Collin précité : « sous réserve des droits que les tiers auraient acquis dans l'intervalle ».

La société « Nouvelle maison de la ville de Nice » avait fait décider et publier sa dissolution pour perte des trois quarts du capital social ; dix-huit mois plus tard, une nouvelle assemblée annula cette délibération et rétablit purement et simplement la société dans ses anciennes conditions d'existence.

L'admission du principe a lieu ici sans équivoque. Mais son autorité véritable, en ce qu'elle émane d'un simple jugement, reste douteuse, et jamais elle n'a été confirmée absolument par un arrêt de la cour de cassation.

SECTION II

LA PROROGATION TENTÉE DANS LA PHASE LIQUIDATIVE QUI SUIT L'ÉCHÉANCE DU TERME

306. — Il n'y a alors aucun doute et, en accord avec la totalité de la doctrine, la jurisprudence est unanime pour en repousser l'efficacité (Seine, 23 mars 1907, *R. E.*, 1907, p. 574 ; Civ., 28.4.1911, *R. E.*, 1911, p. 417 ; Seine, 14.5.1922, *R. E.*, 1923, n° 7644 ; Montpellier, 8.2.1933, *J. Soc.*, 1933, p. 428 ; Seine, 12.3.1942, *R. E.*, 1946, n° 12118 ; Paris, 20.12.1948, *J. C. P.*, 1949.II.5080 ; Civ., 27.1.1953, D., 1953, p. 236 ; Civ., 25.1.1956, *Bull.*, 3e p., n° 38).

On concevrait encore que la dissolution anticipée puisse être rapportée suivant des formes et dans des conditions parallèles à celles qui l'on déterminée et que cette décision fasse partie, aussi bien que la prorogation, de celles permises dans le contrat originaire. La question reste discutable sur le plan du droit, les associés n'ayant en somme, rien fait d'autre que d'exercer un droit dont ils avaient la pleine et entière disposition. Mais l'arrivée du terme est un événement qui atteint automatiquement la collectivité, indépendamment de toute initiative de son fait. Le terme lui-même a été choisi librement. Mais après ce choix, s'il n'est pas reculé avant son échéance, il devient une cause de dissolution, à l'encontre même de la volonté des associés (Hémard, n° 177).

307. — Quelques soient les possibilités d'action accordées à la société après le terme, que l'on considère le maintien temporaire de sa personnalité morale comme une fiction ou une réalité, on ne peut l'autoriser à invoquer cette occasion pour réaliser une opération qui reviendrait à anéantir les effets d'une règle voulue par le législateur. Même en reconnaissant à l'être moral toute sa valeur précédente, à l'expiration normale du contrat qui le gou-

quitté définitivement le domaine du droit. Et on ne saurait l'y vernait, il faut admettre qu'il est passé sur le plan du fait. Il a ramener qu'en vertu d'un nouveau contrat, en procédant à toutes les formalités exigées pour l'y intégrer, c'est-à-dire celles d'une constitution de société. Et si l'on voit seulement dans sa persistance une fiction de survie nécessaire, le résultat auquel on aboutit obligatoirement apparaît avec encore plus de relief : la société est défunte, et il est impossible de la faire revivre (Bastian, *précité. J. Soc.*, 1937). Quand elle a pris la résolution de se dissoudre avant terme, on peut considérer, à la rigueur, qu'il ne s'agit là que d'un projet de suicide, celui-ci eût-il reçu un commencement d'exécution (et c'est adopter le point de vue de la doctrine la plus indulgente en la matière). Elle a décidé d'abréger le cours de sa vie. Mais elle peut, moyennant la réparation des préjudices que l'annonce de cette décision aurait occasionnés, suspendre l'exécution de ce projet quand il n'est pas trop tard, et dans la mesure où elle a conservé suffisamment de forces vitales pour opérer ce redressement. Par contre, il lui est impossible de revenir sur le fait accompli que constitue sa mort *naturelle* provoquée par l'arrivée du terme. Le consentement des actionnaires, fût-il alors unanime, ne saurait redonner une existence légale à ce qui n'est plus, et le tolérer serait aller contre les principes mêmes qui régissent la prorogation. Le lien social une fois rompu ne peut être rétabli dans son caractère primitif, ni par la totalité des associés ni, à plus forte raison, par une simple majorité, et ainsi que l'exprime l'arrêt de la cour de Paris du 20 décembre 1948 précité « le contrat de société formé par le consentement unanime de ses premiers associés se trouve anéanti par l'exécution des clauses de ses statuts relatives à sa dissolution ; seul un *nouveau contrat* nécessitant l'accomplissement des formalités de constitution légales pourrait créer une *nouvelle* société... qu'en décider autrement serait livrer, sans base légale, certains associés à l'arbitraire d'une majorité changeante et leur faire assumer des risques et des responsabilités qu'ils n'auraient pas acceptés... »

CHAPITRE V

LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ

308. — Aucun procédé ne peut donc assurément mettre à l'abri de poursuites une société arrivée à son terme sans s'être prorogée, parce que la loi veut qu'il en soit ainsi et qu'il est interdit d'en tourner les dispositions. Mais le législateur a prévu également, pour assurer la stabilité acquise par un état social reconnu, que les nullités susceptibles de l'affecter pourraient être couvertes par une prescription abrégée dans l'immense majorité des cas, ce qui signifie que la société ayant fonctionné un temps suffisamment long sans être attaquée est alors considérée comme s'étant imposée d'une manière assez puissante par elle-même pour échapper à la sanction de dissolution sous le coup de laquelle elle tombait Et l'on est parvenu par étapes successives à lui accorder cette possibilité de se maintenir ; au fur et à mesure que l'importance grandissante des entreprises aurait rendu désastreuse leur disparition prononcée trop facilement et sans recours. La loi de 1867 est encore extrêmement sévère : aucune nullité quelle qu'en soit la nature, de constitution ou de publicité ne peut être régularisée, même si elle est réparée avant l'introduction de l'action. Seule la prescription trentenaire peut éteindre cette dernière. Pour les vices de constitution, la loi du 1er août 1893 permet la régularisation de la nullité avant l'introduction de la demande, et en ramène la prescription à dix ans, mais elle n'englobe pas formellement les vices de publicité dans cette mesure de faveur. Le décret-loi du 30 octobre 1935 (art. 8 et 58 nouveaux de la loi du 24 juillet 1867, 10 et 17 nouveaux de la loi du 7 mars 1925) ramène la prescription à cinq ans, autorise le tribunal déjà saisi à fixer un délai au defendeur pour régulariser la situation et rendre officiellement possible la réparation définitive des nullités résultant du défaut de publicité. Il reste donc à savoir si, en dernier ressort, la société n'a pas un moyen sûr et certain de voir disparaître avec le temps la menace suspendue au-dessus de son existence. D'après la généralité des termes de la loi, il le semblerait. Cependant, la jurisprudence et la

doctrine se sont montrées divisées à propos des sociétés irrégulièrement poursuivies, et cette voie même ne pouvait être ici considérée comme conduisant à une préservation infaillible. Il faut d'ailleurs distinguer le cas de la société continuée sans aucun acte la prorogeant de celui où il y eut un acte tardivement établi et nul de nullité absolue mais qui, malgré tout, existait.

SECTION I

LA PRESCRIPTION DE LA NULLITÉ ENCOURUE POUR CONTINUATION DE PUR FAIT

309. — Avant la loi de 1893, il n'était pas douteux que la prescription trentenaire fût l'unique moyen de couvrir les nullités de toutes catégories. Cette loi restreint le délai à dix ans pour les nullités de la société et de ses actes et délibérations, sans modifier expressément le régime antérieur appliqué aux vices de publicité. Le décret-loi du 30 octobre 1935 permet leur régularisation rétroactive, mais ne parle pas encore d'une possibilité de prescription raccourcie, en sorte que l'interprétation de ce texte a soulevé des discussions. D'après M. Solus (*La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 *et* 1937, p. 58, n° 62) l'action en nullité pour vice de publicité est, comme toute autre, soumise à la prescription quinquennale, la volonté des auteurs du nouvel article 8 ayant été d'assurer un traitement uniforme à toutes les actions en nullité. Nous nous rallions personnellement à cette opinion, dont le fondement paraît des plus vraisemblables ; mais d'autres estiment qu'un acte de constitution ou une délibération dont le procès-verbal n'aurait pas été publié conformément à la loi resterait toujours passible en soi d'une action en nullité, l'article 58 nouveau autorisant la régularisation, mais ne mentionnant pas la prescription (Houpin et Bosvieux, *supp.*, p. 240 ; Copper-Royer : « Le nouvel art. 8 et l'extinction automatique des actions *Rev. Sp.* 1937, p. 294 ; A. Moreau : « La publicité des sociétés en nullité », *Rev. Gén. L. et Décr.*, 1939.I.116).

310. — Or, de ce simple point de vue, une première difficulté peut être de déterminer ici à quelle catégorie de nullités appartient plus particulièrement celle qui découle de l'absence totale de prorogation expresse, si l'on veut apprécier le degré de stabilité acquis par la société avec le temps. S'agit-il avant tout d'un vice de fond ou d'un vice de forme ? Il semble qu'il y ait, en réalité, coexistence des deux : du premier dans la mesure où il aurait dû être tenu une délibération de l'assemblée générale extraordinaire des associés ou actionnaires et procédé à une réévaluation de l'actif, et du second puisque, par définition, rien n'a été entrepris pour informer les tiers.

311. — Hémard voit dans la continuation de fait de la société un vice fondamental, mais qui n'a pas pour conséquence inéluctable de conduire à la création d'un nouvel être moral, si les statuts antérieurs n'ont pas été modifiés. La société est devenue irrégulière ; mais elle avait déjà reçu une publication. Pour cet auteur, il y aurait donc essentiellement un vice de fond, pouvant toujours être couvert par la prescription décennale de la loi de 1893 : « Quand une société par actions a vécu 10 ans, quelles que soient les causes de nullité qui l'aient atteinte à l'origine, elle est devenue définitivement valable, inattaquable. Il en est de même pour les sociétés à responsabilité limitée. C'est un délai préfix : quand une société a fonctionné pendant un certain temps sans que sa régularité fut mise en doute, qu'elle a subi l'épreuve du temps, *elle a en quelque sorte racheté sa tare originaire par sa vitalité* (*Théorie et pratique des nullités*, 2 éd., n° 518) ».

C'est le principe qui paraît avoir été adopté par un arrêt de la cour de cassation (Civ., com. 25.11.1948, *Bull. civ.*, n° 263 ; S., 1949.I.42, *R. S.*, 1949, p. 387) lequel n'a pas hésité à déclarer couvert par la prescription un vice encore plus grave pour les tiers et pour les associés que celui du défaut de prorogation : la fictivité du capital social d'une société à responsabilité limitée : « Attendu que la loi du 7 mars 1925 qui institue et énumère dans son article 9 les clauses de nullité des S. A. R. L. n'a établi entre ces causes, suivant la nature ou la gravité des infractions, *aucune distinction* et que la prescription de cinq ans, prévue par l'article 10, modifié par le décret-loi du 30 octobre 1935 s'applique nécessairement à l'action en nullité basée sur une infraction aux dispositions de l'article 7 comme à celles qui seraient fondées sur la violation des autres articles visés à l'article 9 ».

312. — Mais d'autres auteurs se montrent plus réservés et, sans se prononcer sur l'absence de prorogation, laissent entendre que « certains vices sont tellement graves que la société n'est pas tant nulle qu'inexistante et que, partant, la prescription abrégée ne saurait s'appliquer » (Escarra et Rault, *Soc. com.*, n° 843, p. 326), de même pour Ripert (*Tr. élem. dr. com.*, 1954, n° 843, p. 326), il faut « admettre que les vices permanents ne pourraient être prescrits par cinq ans. La cause de nullité se renouvelle à chaque assemblée tenue par la société, de telle sorte que, si on ne répare pas le vice, la nullité pourra de nouveau être invoquée... malgré la généralité des textes, il nous paraît impossible d'admettre la prescription de cinq ans dans tous les cas de nullité ». Et dans cette dernière perspective, la non prorogation apparaît bien comme un vice permanent, et des plus graves, puisqu'il fait échec à la validité du lien social lui-même et qu'il peut être invoqué à tout moment de la poursuite de la société devenue irrégulière.

313. — Enfin, pour la doctrine dont la tendance est d'assimiler la prorogation à la constitution d'une société nouvelle, l'absence

de prorogation formelle ne pourrait jamais être couverte par la prescription. Les formalités de publicité importent autant que celles de constitution, et elles ont été omises en totalité. La société ancienne est anéantie, et toute tentative d'invoquer une reconstitution basée sur l'écoulement d'un certain temps n'aurait d'autre effet que d'extérioriser la création d'une société nouvelle. C'est ce principe qu'a exprimé encore, et très rigoureusement, un arrêt de la Cour de Pau relativement récent (Pau, 29.6.1954, *Gaz. Pal.*, 1954.I., p. 281 : « Attendu que pour être valable la convention de prorogation doit être publiée, comme l'acte de constitution lui-même ; que la nullité résultant du défaut de publicité *est d'ordre public* ; qu'elle peut être invoquée par tous les intéressés ; *qu'elle ne peut s'éteindre par aucune prescription ;* que toute publicité tardive est inopérante et ne prive pas les associés du droit de faire constater la nullité lorsqu'elle se produit après l'introduction de la demande en nullité ».

C'était, en l'espèce, employer des termes trop généraux et catégoriques, et l'on peut, certes, considérer que cet arrêt est d'une sévérité exceptionnelle. Il ne tient pas compte de l'évolution législative, doctrinale et jurisprudentielle des principes directeurs du droit des sociétés constatée depuis la loi de 1867 et ne fait que demeurer sur une position déjà souvent admise par les tribunaux dès avant 1893, même dans le silence de la loi. La jurisprudence, plus indulgente que pour les vices de constitution, admettait fréquemment que la demande en nullité soit écartée lorsque les formalités de publicité avaient été accomplies avant la délivrance de l'assignation (Cass., 10.2.1879, D., 1879.I.205 ; Cass., 20.12.1882, D., 183.I.301).

314. — Néanmoins, la régularisation définitive de la societé continuée de pur fait restait incertaine par le simple jeu de la prescription abrégée. Si Hémard et l'arrêt du 29 novembre 1948 précité paraissent prendre franchement parti pour une interprétation très extensive de la loi et de son domaine d'application, un arrêt postérieur de la section commerciale (Civ., com., 16.6.1952, D., 1953, p. 509) revient, par les précisions qu'il apporte, dans une voie plus restrictive. Une société à responsabilité limitée issue de la transformation (effectuée *aprés dissolution* causée par la mort du seul commandité) d'une société en commandite simple est déclarée nulle, et la couverture de cette nullité par la prescription quinquennale invoquée est refusée : « Attendu que des articles 9 et 10 combinés de la loi du 7 mars 1925, il ressort que la prescription quinquennale ne concerne que les seules actions en nullité fondées sur l'inobservation des règles particulières établies par cette loi, qu'il s'ensuit que la société à responsabilité limitée provenait de la transformation d'une précédente société qui avait cessé d'exister lors de cette transformation et qu'elle était, par conséquent, *viciée dans son principe même* ».

Selon le commentateur de l'arrêt, Jean Copper-Royer (note au

Dalloz) ainsi que pour Escarra et Rault (n° 842, tome 2, *Soc. com.*) on ne pourrait, en toute rigueur appliquer la prescription quinquennale du décret du 30 octobre 1935 qu'aux seuls cas de nullité prévus aux article 1, 2, 3, 4, 5, 22, 23, 24, 25 de la loi de 1867 et aux articles 2, 4, 5, 6, 7, 8, de celle de 1925. Ils peuvent — comme dans l'hypothèse de la fictivité du capital de la S. A. R. L. — jouer en faveur d'infractions bien plus graves que la prorogation tacite ou la transformation irrégulière mais, en s'en tenant strictement aux textes, il faut constater qu'ils n'ont pas mentionné ces cas spéciaux de nullités et que, dans ces conditions, un doute plane sur la possibilité de leur accorder le bénéfice de la prescription abrégée. Nous pensons personnellement que, dans le régime antérieur à l'ordonnance, elle aurait dû intervenir en tout cas au profit des sociétés s'étant réellement continuées sur la base de leurs statuts primitifs, parce que nous partageons le point de vue doctrinal qui voit dans la continuation de la société après terme une situation irrégulière mais non la création obligatoire d'un être moral nouveau et qu'il y a lieu, dans l'esprit moderne du droit, de rechercher la volonté réelle du législateur plutôt que de s'en tenir trop étroitement à la lettre de textes parfois rédigés d'une manière peu claire et incomplète. Or, le législateur a très probablement voulu donner aux sociétés le maximum de moyens d'acquérir une situation stable, quand elles s'étaient présentées aux tiers sous une forme déterminée pendant un temps suffisamment long. Mais cette opinion restait sujette à discussion, et il ne semble pas possible d'affirmer en toute certitude qu'une société continuée *sans aucun acte* ait jamais eu la garantie absolue et relativement rapide conférée par le jeu de la prescription quinquennale.

SECTION II

LA PRESCRIPTION DE LA NULLITÉ ENCOURUE POUR PROROGATION TARDIVE

315. — Dans cette hypothèse, il a été procédé à la réunion d'une assemblée générale des associés ou actionnaires, tenue après le terme, et celle-ci a décidé expressément de la prorogation dans des conditions conformes à la loi, comme si le lien social n'était pas encore rompu, de telle sorte que l'opération assurerait le maintien de la société si elle avait été effectuée dans le cadre normal du contrat. Elle suppose en fait, le consentement unanime des associés, exprès ou tacite, dans la mesure où aucun d'entre eux ne soulèverait l'exception de nullité encourue pour dissolution accomplie. L'acte ainsi établi reste entaché de nullité absolue, mais il existe et demeure valable tant que le tribunal n'a pas prononcé la nullité de la prorogation, car la société, si elle n'a subi aucune modification en vertu de cet acte, est considérée comme continuant à sub-

sister dans son être moral originaire, du moins pour la grande majorité de la doctrine actuelle. Avant l'ordonnance, cette nullité était alors certainement susceptible d'être couverte, en droit privé, par la prescription quinquennale (Moreau, n° 949) et il convient de l'admettre d'autant plus que l'administration fiscale se montrait bienveillante dans un tel cas. Les points de vue du droit fiscal n'entraînent pas un parallélisme de solutions sur le plan du droit privé, et loin de là, ainsi que nous l'avons maintes fois constaté. Mais ils constituent cependant une manifestation de volonté supplémentaire du législateur, qui traduit encore par cette voie, cette faculté offerte, son désir de préserver la société. Il serait à priori illogique et injuste de ne pas accorder la prescription abrégée, alors que la société serait laissée en mesure de remplir les obligations fiscales consécutives à la prorogation, même tardive, au taux prévu pour une décision prise avant terme.

316. — Mais l'octroi de ce régime favorable restait soumis à la condition qu'aucun associé ou créancier n'ait assigné en nullité la société. Dans le cas contraire, et à la différence de ce qui se produisait pour les nullités courantes se révélant lors de la constitution ou à la suite de délibérations de l'assemblée générale extraordinaire tenues pendant la vie sociale régulière, le tribunal ne pouvait accorder de délai pour régulariser une situation devenue en principe irréparable, et c'est compréhensible. A sa formation, une société peut se constituer dans une forme légale. Tant qu'elle ne l'a pas fait, elle n'est pas encore née véritablement, et il est possible de l'aider à voir le jour convenablement. De même, au cours de son existence, on conçoit qu'elle puisse réparer un acte défectueux dans son fond ou sa forme. Toutes ces facultés viennent de ce que la société a une vie légalement reconnue ou vise à en obtenir une, but pour lequel on lui facilite la tâche. Mais après le terme assigné à son existence, on ne peut plus, en droit privé, que constater sa disparition comme contrat. Il n'y a plus rien à faire pour ressusciter la personne défunte. Une seule solution se présente dès lors, si l'on veut malgré tout conserver l'entreprise avec ses anciennes caractéristiques : reconstituer une société nouvelle prenant en charge l'actif et le passif de la société dissoute, et de l'assentiment unanime des associés. Il est évident que cette opération sera très difficile et très onéreuse, si la société ancienne avait un patrimoine important.

317. — Telles étaient, antérieurement aux dispositions de l'ordonnance 59-73, les dernières voies de recours ouvertes aux sociétés continuées de fait. Elles avaient toutes une efficacité aléatoire. A notre avis, elle n'en auraient maintenant plus aucune, car le texte, en laissant une ultime possibilité de prorogation rétroactive pendant six mois après son entrée en vigueur, sous-entend, après ce délai de grâce, la suppression des tolérances fiscales précédemment admises ; et il est rédigé en termes trop formels pour ne pas lever

toute incertitude à propos des diverses questions que l'on a pu se poser quant à la situation de la société continuant son activité sans liquidation après dissolution intervenue. Elle sera désormais considérée comme juridiquement disparue dans tous les cas et sur tous les plans, et le législateur en édictant des mesures destinées à garantir les sociétés contre la gravité et les conséquences d'un tel fait, en proclame en même temps le caractère irrémédiable et définitif au-dessus des discussions dont il avait été l'objet.

TITRE IV

L'ŒUVRE LÉGISLATIVE ANTÉRIEURE A L'ORDONNANCE ET L'APPLICATION PRATIQUE DES MESURES ÉDICTÉES

CHAPITRE I — LES LOIS ANTÉRIEURES A L'ORDONNANCE

318. — Comme nous l'avons vu, de larges aménagements furent introduits dans la pratique entre 1950 et 1954 pour rendre possibles les prorogations tardives effectuées dans certaines conditions. Toutefois, ils n'avaient pas encore la valeur des lois proprement dites, puisque leur application se trouvait limitée au domaine fiscal et qu'elle pouvait se heurter à des obstacles de droit privé. Il s'agissait de simples tolérances. Cependant, il était indéniable, que parallèlement et d'une manière plus officielle, apparaissait progressivement un ensemble de mesures législatives *stricto-sensu,* visant à faciliter toute prorogation de société (la suppression du droit de timbre, l'abaissement du droit proportionnel perçu sur l'actif net) que nous avons eu l'occasion de signaler à plusieurs reprises et sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici. Nous nous proposons maintenant plus spécialement de consacrer notre attention à des lois que nous appellerons « de guerre », où il est permis de voir la genèse de l'ordonnance, et à un domaine particulier non encore étudié : celui du régime de coopération agricole, adouci en matière de prorogation par la loi du 25 juillet 1953.

SECTION I

LES LOIS « DE GUERRE »

319. — Bien longtemps avant l'ordonnance 59-73, le législateur manifesta la volonté, dans des cas où certaines sociétés commerciales n'avaient pu se proroger pratiquement avant terme à la suite de circonstances inhérentes à l'état de guerre, de prendre des dispositions spéciales à leur intention, afin de permettre leur prorogation sans création d'un être moral nouveau quand elles avaient continué à fonctionner suivant leurs statuts. Il est inté-

ressant de les rappeler, car la rédaction et la portée de ces textes sont telles qu'elles constituent de véritables préparations à celui du 7 janvier 1959. Il semble que l'ordonnance soit dans son esprit et dans sa forme, l'aboutissement d'un projet mûri depuis quarante ans et dont l'ébauche, les prémices transparaissent dans ces lois provisoires.

320. — 1° *La loi du 16 juillet 1919* (Duvergier, 1919, p. 552. *J. O.*, 18.7.1919).

Cette première loi fut édictée au lendemain de la guerre de 1914-1918. Elle concernait les sociétés dont le siège se trouvait en territoire envahi et qui, parvenues à leur terme pendant les hostilités, n'avaient pu procéder à temps à la consultation de leurs associés Nous la citons *in extenso :*

Article premier : Les sociétés dont le siège se trouve dans les régions envahies et qui sont arrivées à leur terme statutaire au cours de la guerre peuvent proroger leur durée *avec effet rétroactif au jour de ce terme,* dans les conditions où la prorogation aurait pu être valablement décidée avant leur expiration.

La décision relative à la prorogation visée au § précédent devra intervenir au plus tard *dans les six mois* qui suivront la fin des hostilités, dont la date sera fixée par décret.

Article 2 : Sont valables les actes accomplis au nom des sociétés par actions visées par l'article premier par les personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la société *dans la limite de leurs pouvoirs statutaires* depuis l'arrivée de la société à son terme normal jusqu'à la réunion de l'assemblée générale des actionnaires. Dans le cas où l'assemblée générale des actionnaires ne serait pas réunie à l'expiration du délai de six mois fixé par le § 2 de l'article premier, les actes visés par le précédent article cesseront d'être valablement accomplis à l'expiration dudit délai.

Dans le cas où il serait impossible d'observer les formalités statutaires pour la convocation des assemblées générales, cette convocation sera valablement faite par voie d'insertion dans les journaus désignés par le président du tribunal. Le président du tribunal fixera le nombre et la forme de ces insertions.

Article 3 : Sont également valables, mais seulement au cas où la prorogation de la société aura été décidée conformément à l'article premier, les actes accomplis au nom des sociétés en nom collectif ou en commandite simple par les personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la société dans la limite de leurs pouvoirs statutaires depuis l'arrivée de la société à son terme normal jusqu'à ce que les associés se soient prononcés sur la prorogation de la société.

Article 4 : Pendant la durée de la guerre et jusqu'à l'expiration du délai de six mois fixé par le § 2 de l'article premier, les assemblées générales des actionnaires pourront, avec l'autorisation du prési-

dent du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve la localité choisie, se tenir dans un lieu autre que celui fixé par les statuts.

321. — Ces principes étaient valables en droit privé comme en droit fiscal. Nous avons souligné les expressions posant les conditions d'application de la loi qui présentent les analogies les plus frappantes avec celles de l'ordonnance. Il est à remarquer que le texte prévoit que les sociétés par actions, dont la personnalité morale en tant qu'entité distincte est plus affirmée auront pu jouir d'une indépendance plus grande au-delà de leur terme normal. La validité des actes accomplis par les gérants des sociétés en nom après son terme semble soumise en effet à l'acceptation de la prorogation par les associés, tandis que cette restriction n'existe pas dans les sociétés par actions : les administrateurs, dans la mesure où ils n'ont pas outrepassé leurs pouvoirs, auront pu agir valablement dans tous les cas jusqu'au jour de la consultation des actionnaires, même s'ils se prononcent contre la prorogation.

La date retenue comme devant être celle de la cessation des hostilités, à partir de laquelle le délai de six mois accordé par l'article premier commençait à courir fut finalement précisée par la *loi du 23 octobre 1919* (*J. O.*, 24.10.1919 : Duvergier, 1919, p. 855) :

Pour l'exécution des lois, décrets, règlements et contrats dont l'application a été subordonnée à l'état de guerre, sera considérée, sauf intention contraire des parties résultant des contrats, comme la date de cessation des hostilités celle de la promulgation au Journal officiel de la présente loi.

322. — 2° *Le Décret-loi du 29 novembre 1939*, art. 16, al. 2 (H. Lecompte, *J. Soc.*, 1941, p. 93).

Le législateur, dès le début de la seconde guerre mondiale, prévoyant les difficultés de convocation qui pourraient apparaître en raison des événements, simplifia la procédure établie pour les sociétés par actions par l'article 31 de la loi de 1867 quand celles-ci voulaient procéder à des modifications statutaires autres que celles relatives à la forme et à l'objet, et abaissa, avant la loi du 25 février 1953 qui devait en reprendre définitivement les chiffres provisoirement adoptés pour la durée de la guerre, les quorums du capital exigé pour la validité des délibérations :

« Le quorum des trois quarts du capital prescrit par l'article 31, al. 4 de la loi du 24 juillet 1867 (des assemblées générales extraordinaires d'actionnaires ayant à délibérer sur des modifications statutaires autres que la forme et l'objet, pour lesquelles le quorum des trois quarts est toujours de rigueur) sera, nonobstant toute clause contraire des statuts, réduit à un demi pour les assemblées délibérant sur première convocation, et de la moitié au quart pour celles délibérant sur deuxième convocation. L'article ajoute qu'il ne sera pas procédé à une troisième convocation.

Ce texte n'a sans doute qu'une portée limitée. Il ne confère aucune latitude aux sociétés de décider tardivement de leur prorogation, mais l'opération s'en trouve sensiblement facilitée, étant comprise dans les modifications statutaires pour lesquelles joue l'atténuation accordée.

323. — 3° *La loi n° 49.061 du 2 août 1949* (*J. O.*, 5.8.1949, août 1949, p. 7648).

Enfin la dernière des lois de guerre, celle du 2 août 1949, remet en vigueur les règles de la loi de 1919.

Article premier : Les sociétés dont le siège social ou l'exploitation est situé sur le territoire de l'Union française qui, arrivées à leur terme statutaire, n'ont pu procéder à leur prorogation, par suite de faits de guerre, de l'occupation ou d'un séquestre prononcé en vertu de lois de l'autorité de fait se disant gouvernement de l'Etat français, peuvent se proroger *avec effet rétroactif au jour de ce terme,* dans les conditions où ladite prorogation aurait pu être valablement décidée *avant* la date de leur expiration.

Article 2 : La décision relative à la prorogation visée à l'article précédent devra intervenir au plus tard dans les six mois qui suivront *la promulgation de la présente loi,* ou au plus tard dans les six mois qui suivront la cessation des hostilités pour les parties de l'Union française actuellement en état de guerre.

Article 3 : La réunion et la délibération des assemblées générales ayant pour but de proroger la durée des sociétés arrivées à leur terme statutaire se feront conformément aux dispositions prévues par leurs statuts.

Les actes accomplis *dans les limites prévues par les statuts* par toutes personnes ayant pouvoir de gérer la société depuis l'arrivée du terme fixé pour sa durée jusqu'à la date de la décision de prorogation prévue par la présente loi sont considérés comme valables.

324. — En ses passages principaux, la loi est rédigée dans des termes presque identiques à ceux de sa devancière. Mais son champ d'application est, en réalité, plus étendu. Il englobe *toute* société de l'Union française qui se serait trouvée dans l'impossibilité de se proroger en raison de la guerre. A l'avance, il est décidé qu'un délai supplémentaire de six mois partant de la fin effective des hostilités sera accordé aux entreprises établies sur les portions de territoire encore en guerre au moment de la promulgation de la loi. Et cette dernière ne fait plus aucune distinction entre les pouvoirs reconnus en tout état de cause aux administrateurs des sociétés de capitaux et ceux attribués aux gérants de sociétés de personnes : dans un cas comme dans l'autre, les actes accomplis jusqu'à la consultation seront valables, quel que soit le sens de la décision finalement prise, pourvu que les statuts aient été respectés.

SECTION II

LE RÉGIME DE COOPÉRATION AGRICOLE

(Loi 53.633 du 25 juillet 1953, *J.O.*, 26.7.1953)

325. — Dans ces sociétés, constituées et fonctionnant conformément à la loi du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération, les associés ne peuvent recevoir, en cas de dissolution, que le capital social, proportionnellement aux parts souscrites, tandis que le reste de l'actif est attribué à des œuvres agricoles (art. 16 de la loi). Néanmoins, lorsqu'elle se prorogeaient, le droit proportionnel perçu était établi sur l'actif net total existant, y compris l'excédent qui échappait obligatoirement à la répartition faite aux associés à la suite d'une liquidation, car cette circonstance était considérée comme sans influence sur la liquidation du droit de prorogation (Rép. Min. Budget, *J. O., Déb. A. N.*, 9 mai 1952, p. 2316). L'administration assimilait ces sociétés à des sociétés commerciales ordinaires, ce qui semblait fort injuste, et elle exigeait l'impôt sans distinction.

La loi du 25 juillet 1953 est venue modifier cette situation : l'article 22 dispose qu'en ce qui concerne les actes de prorogation des sociétés coopératives, le droit proportionnel prévu par l'article 714 C. G. I. ne sera liquidé que sur le montant du capital social.

Cette loi ne vise évidemment qu'un type très particulier de sociétés, mais elle devait être mentionnée comme s'inscrivant dans la ligne générale des dispositions prises en faveur de l'opération de la prorogation, dont l'ordonnance sera, en 1959, la conclusion.

325 *bis.* — Il y a lieu enfin de signaler, à propos de ces sociétés coopératives dont l'organisation définitive fut l'objet de plusieurs remaniements depuis la loi de 1947 (décret n° 59.286 du 4.2.1959; loi d'orientation agricole n° 60.808 du 5.8.1960 ; décret n° 61.867 du 5.8.1961) que la loi la plus récente, n° 61.1449 du 29.12.1961 (*J. O.*, 30.12.1961, p. 12174) relative à la « coopération agricole et aux sociétés d'intérêt collectif agricole » apporte, dans son article 5, le complément suivant à l'art. 1er de l'ordonnance 59-73 :

« Toutefois, la compétence attribuée par l'alinéa précédent au président du tribunal de commerce est transférée au président du tribunal de grande instance s'il s'agit d'une société coopérative agricole, d'une union de sociétés coopératives agricoles ou d'une société d'intérêt collectif agricole à forme civile » (*Débats A. N.*, 15.11.1961, p. 4684) au cours des travaux préparatoires de la loi ; l'art. 1er, al. 4 du précédent décret du 5 août 1961 précisait en effet que « Les sociétés coopératives agricoles et leurs unions sont dotées de la personnalité morale et relèvent de la compétence des tribunaux civils », et ainsi que le fit remarquer l'auteur de l'amendement, il était anormal que ces sociétés aient un double régime : l'un concer-

nant l'ensemble de leurs droits et devoirs, l'autre sur le point spécial de la prorogation.

Or, tel était le résultat auquel on aboutissait par l'attribution de compétence au président du tribunal de commerce. Et l'ordonnance 59-73 ayant un caractère de loi ne pouvait être modifiée par un simple décret. Il fallait donc, pour unifier le régime juridique des coopératives agricoles, que la loi intervienne.

Dans ces conditions, il nous paraît logique de penser que la règle attributive de compétence au président du tribunal de grande instance devrait s'appliquer, non seulement aux coopératives agricoles, mais à toute espèce de sociétés civiles auxquelles s'étend le domaine de l'ordonnance 59-73 (Rép. Min., *J. O.*, 1959. *Débats A. N.*, p. 1533 citée au n° 92 de cet ouvrage).

CHAPITRE II — LE FONCTIONNEMENT DE L'ORDONNANCE

326. — Il nous reste à donner quelques explications complémentaires concernant le sens exact des articles de l'ordonnance pour en saisir la portée, encore que seul le premier ait maintenant conservé une valeur définitive. Le texte n'apporte pas de modifications essentielles à la tenue et au mode de convocation des assemblées générales extraordinaires déjà prévues pour décider de la prorogation dans les sociétés anonymes. Il met surtout en relief le caractère obligatoire de la consultation, à laquelle il doit être procédé un an au moins avant le terme et le moyen pour tout associé de remédier à la carence des administrateurs.

SECTION I

LE DOMAINE D'APPLICATION EN DROIT PRIVÉ

§ 1. — *L'article premier : les dispositions permanentes*

327. — L'ordonnance s'applique aux sociétés de toutes formes dont le siège social est situé sur le territoire de la République qui, selon les articles 72 et 76 de la constitution du 4 octobre 1958 comprend la métropole, les départements d'Outre-mer et les territoires d'Outre-mer qui, n'ayant pas opté pour le statut d'Etat membre de la communauté, gardent leur statut au sein de la République ou deviennent de nouveaux départements d'Outre-mer ou de la République. Dans les sociétés anonymes, c'est au conseil d'administration qu'il appartient de décider de la convocation de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires aux fins de statuer sur la prorogation de la société, et au président directeur général d'y procéder.

Cette convocation, qui doit être faite un an au moins avant la date d'expiration de la société, doit satisfaire aux conditions de forme et de délais prescrites par la loi et les statuts sociaux pour les assemblées extraordinaires modificatrices du pacte social (n° 120).

Sauf disposition contraire des statuts, l'assemblée générale des actionnaires peut, sous le respect des prescriptions de l'article 31 de la loi de 1867, délibérer au quorum décroissant de 1/2 du capital social sur 1re convocation, de 1/3 sur 2e et de 1/4 sur 3e convocation ou sur 3e convocation prorogée et à la majorité, dans tous les cas des 2/3 des voix des actionnaires présents ou représentés, décider si la durée de la société sera ou non prorogée. Si, sur une 3e convocation prorogée, l'assemblée n'a pas réuni le quorum du quart du capital prévu par la loi, la procédure établie par l'ordonnance est épuisée, ce qui ne signifie pas, théoriquement (n° 122) que les administrateurs perdraient toute faculté de poser à nouveau la question en repartant du quorum maximum de la moitié du capital s'il en était encore temps, mais que le conseil d'administration se trouve déchargé de sa responsabilité. La société prendra alors fin au terme fixé pour son expiration, soit par les statuts originaires, soit par une précédente assemblée de prorogation. Il en est de même lorsque, dans le cas où l'assemblée ayant obtenu le quorum exigé par la loi sur première ou 2e convocation, la décision a été rejetée pour n'avoir pas réuni en sa faveur les 2/3 des voix des actionnaires présents ou représentés.

328. — Selon Moreau (n° 930, tome 3) — et contrairement, semble-t-il à ce qui pouvait avoir lieu avant l'ordonnance — à défaut par le conseil d'administration d'avoir provoqué une décision des actionnaires sur la prorogation de la société, il n'appartient pas à un groupe d'actionnaires de mettre le conseil en demeure à cet effet, quand bien même les statuts contiendraient une stipulation selon laquelle le conseil serait tenu de convoquer dans tous les cas l'assemblée générale lorsque la demande lui en serait faite par un certain nombre d'actionnaires représentant au moins une certaine fraction du capital social. Mais, d'une manière plus générale, l'ordonnance confère *à tout associé* la possibilité, après une mise en demeure adressée au conseil à cet effet, par lettre recommandée demeurée infructueuse, de demander au président du tribunal de commerce situé dans le ressort du siège social et statuant sur requête la désignation d'un mandataire de justice chargé de consulter les actionnaires et de provoquer une décision de leur part sur la question de la prorogation.

Le président statue en référé, vu l'urgence et désigne un administrateur provisoire ayant pour mission de convoquer l'assemblée dans les mêmes conditions de forme et de délai qu'aurait dû le faire le conseil. Cet administrateur préside l'assemblée et lui soumet une proposition de prorogation de la société. Il ne doit avoir aucun autre pouvoir que celui d'effectuer l'opération aux lieu et

place du conseil, comme ce dernier aurait dû le faire lui-même, et de la rendre définitive et opposable aux tiers et aux associés.

A défaut d'user, le cas échéant, de ces deux procédés, il ne peut y avoir, après le terme d'expiration, aucune prorogation retroactive de la société, qui se trouvera dissoute de plein droit.

329. — Dans les sociétés de personnes, en commandite par actions, ou les sociétés à responsabilité limitée, la même procédure est dirigée contre le ou les gérants, s'il y a un conseil de gérance, qui devaient consulter les associés.

§ 2. — *L'article 2 : Les dispositions transitoires*

330. — Cet article réglemente les conditions de la prorogation tardive encore autorisée dans l'année qui suivait l'ordonnance.

En application du décret du 5 novembre 1870 du gouvernement de la Défense nationale, l'ordonnance est entrée en vigueur à Paris un jour franc après sa publication au Journal officiel (janvier 1959) soit le 10 janvier 1959 et partout ailleurs un jour franc après l'arrivée du *J. O.* au chef-lieu du département.

Les sociétés ne pouvaient bénéficier de l'article 2 et procéder à une prorogation tardive avec effet rétroactif au jour du terme fixé pour leur expiration :

1° que si ce terme était arrivé avant la mise en vigueur de l'ordonnance ou devait arriver dans les six mois de cette mise en vigueur, soit avant le 11 juillet 1959 pour les sociétés ayant leur siège à Paris.

2° si elles avaient continué à fonctionner conformément à leurs statuts depuis l'arrivée du terme.

3° si la prorogation était intervenue dans l'année de la mise en vigueur de l'ordonnance dont s'agit, soit avant le 11-1-1960 pour les sociétés ayant leur siège à Paris.

§ 3. — *L'article 3 : L'immatriculation au registre du commerce*

331. — L'article 3 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 prescrit que les sociétés tenues de requérir leur réimmatriculation au registre du commerce en application de l'art. 1er, al. 2 du décret n° 56-1130 du 12 novembre 1956 et qui auront procédé à leur prorogation conformément aux dispositions de l'art. 2 de ladite ordonnance pourront présenter leur demande de réimmatriculation dans un délai de deux mois à dater de leur prorogation.

Il convient de rappeler ici que, par application de l'art. 1, al. 2 du décret 56-1130, les personnes morales immatriculées au R. C. avant le 1er mars 1954 ont été tenues, si elles n'avaient pas été réimmatriculées depuis cette date, de requérir leur immatriculation

dans les conditions prévues aux décrets des 9 août 1953 et 6 janvier 1954, et que les demandes de réimmatriculation ont dû être présentées au plus tard le 31 octobre 1957 par les personnes morales immatriculées avant le 1er janvier 1945 et au plus tard le 31 octobre 1958 par celles immatriculées entre le 31 décembre 1944 et le 1er janvier 1954.

Un délai complémentaire a donc été accordé par l'art. 3 de l'ordonnance de 1959 aux sociétés qui auront procédé à une prorogation tardive pour requérir leur demande de réimmatriculation au R. C. auquel elles étaient originairement immatriculées.

SECTION II

LES CONSÉQUENCES FISCALES DE L'ORDONNANCE SUR LES SOCIÉTÉS PROROGÉES AVEC EFFET RÉTROACTIF CONFORMÉMENT A SES DISPOSITIONS

332. — L'administration ne tarda pas à préciser sa position dans une note parue au *Bulletin officiel de l'enregistrement et du domaine* 1959-1-78-27) :

Les prorogations de sociétés qui interviendront dans les conditions de l'ordonnance susvisée ne donnant pas naissance à un être moral nouveau, les actes les constatant ne motiveront que la perception du droit d'apport prévu à l'art. 774 C. G. I., au taux réduit de moitié, soit actuellement 0,80 % (décret n° 57-728 du 27 juin 1957, art. II). Ce droit sera liquidé, conformément aux principes généraux sur la valeur nette de l'actif social, à la date de l'acte.

333. — Toutefois, suivant les dispositions de l'article 2, cette dernière tolérance n'a pu avoir pour résultat de remettre en cause les impositions régulièrement établies et les perceptions effectuées à l'égard des sociétés arrivées à leur terme avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance et qui auraient dû, pour régulariser leur situation, procéder à leur reconstitution en tant qu'être moral nouveau.

334. — Mais en matière de contributions directes, un délai de un an à compter de la promulgation de l'ordonnance ayant été donné aux sociétés non encore prorogées ou déjà imposées comme sociétés nouvelles pour se proroger rétroactivement, il en est résulté que l'imposition immédiate des bénéfices acquis au jour de l'expiration de ces sociétés, en cas de non prorogation, s'est trouvée reportée à l'expiration de ce délai accordé pour décider de la prorogation (*Rev. trim. dr. com.*, 1959.I, p. 543).

CHAPITRE III | LA JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE A L'ORDONNANCE

335. — La rédaction de l'ordonnance a été établie en termes suffisamment précis pour qu'ils ne semblent plus pouvoir, en eux-mêmes, prêter à discussion. On ne conçoit pas qu'il surgisse en jurisprudence des divergences d'interprétation au sujet d'un texte aussi clair, car la sanction des règles édictées se produira automatiquement pour toute société ne les ayant pas respectées lors de sa prorogation. Mais, plus loin que la lettre de cette loi, il est intéressant de rechercher l'esprit qui l'anime. A première vue, elle apparaît comme une restriction apportée à la tendance progressive qui s'était insinuée dans le domaine fiscal depuis une dizaine d'années, et malgré la rigueur de principe des solutions de droit privé, à reconnaître aux sociétés une existence ayant sa source, non plus uniquement dans le contrat constitutif, mais plus profondément encore dans l'exercice de leur activité. Assurément, le législateur de 1959 a admis ce fait dans toute sa force et avec ses conséquences. Il a voulu, non en dénier la réalité, mais lui donner des cadres tels qu'il puisse s'affirmer en pleine sécurité sur le plan juridique et ne risque pas de sombrer dans l'anarchie. Désir de protection, d'ordre et non de contrainte. En ce sens, le jugement du tribunal de commerce de la Seine du 22 juin 1959 (*Rev. des soc.*, 1960. p. 46), première décision, à notre connaissance, qui fasse allusion dans ses attendus à l'ordonnance traduit d'une manière très remarquable l'esprit du droit actuel des sociétés. Nous voudrions en signaler les motifs essentiels, car ils nous semblent constituer une synthèse des idées que nous nous sommes efforcés de dégager au cours de cette étude. De plus, l'importance des intérêts en cause l'impose particulièrement à l'attention.

336. — *Le jugement du tribunal de la Seine du 22 juin 1959.*

Il s'agissait, en l'espèce de la Compagnie financière de Suez, dont la dissolution était poursuivie par deux actionnaires qui exigeaient leur quote part dans le boni de liquidation.

L'affaire se présentait avec les données suivantes :

L'ancienne Compagnie Universelle du Canal de Suez, fondée au début du second Empire, avait obtenu des firmans du vice-roi d'Egypte, en date du 30 novembre 1854, une concession pour « la construction et l'exploitation d'un canal maritime de grande navigation et dépendances entre Suez et le golfe de Peluse ». Cette concession, dont l'exploitation formait, à l'origine, l'unique objet de la société, ne devait prendre fin que le 17 novembre 1967, la durée en ayant été fixée à 99 ans après l'achèvement et l'inauguration du canal en 1868. Mais par une loi du 26 juillet 1956 la République Arabe Unie nationalisa la dite Compagnie Universelle, ce qui, en principe, provoquait prématurément la disparition de la société avec celle de son objet, en vertu de l'art. 1865, civ., al. 2.

Cependant, la Compagnie, refusant de s'incliner devant le coup de force du gouvernement égyptien, n'abandonna pas la concession immédiatement, tandis que des pourparlers s'engageaient en vue d'un règlement plus équitable de la situation.

Une loi n° 57.658 du 1er juin 1957 vint préciser que « la Compagnie Universelle du Canal de Suez », en ce qui concerne sa constitution comme société et les rapports des associés entre eux restait soumise, devant tout tribunal français, aux dispositions de la loi française et de ses statuts pour tout ce qui avait trait à son existence et son patrimoine, sans pouvoir être affectée par une loi étrangère.

Enfin, l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la Compagnie réunie le 27 juin 1957, modifia son statut social, étendit son objet sous l'appellation adoptée de « Compagnie Financière de Suez (il subsistait en dehors du territoire égyptien des biens sociaux considérables qui étaient largement suffisants pour maintenir l'activité de l'entreprise) et prorogea sa durée.

Finalement, à la suite d'accords signés à Rome et à Genève le 29 avril 1958 et le 13 juillet 1958, le gouvernement égyptien consentit à verser à la Compagnie de Suez, en échange de ses droits concessionnaires et de ses installations en Egypte, une indemnité de 28.300.000 livres attribuée collectivement à la nouvelle société désignée comme personne morale bénéficiaire.

Les deux actionnaires demandeurs s'étaient élevés néanmoins individuellement contre ces diverses modifications et conventions, invoquant :

1° L'expiration de la société avec l'extinction de son objet principal d'exploitation le 26 juillet 1956, conformément à la règle de l'art. 1865 civ., al. 2.

2° En conséquence, la nullité des décisions de prorogation et de transformation de l'objet intervenues le 25 juin 1957, alors que la dissolution était déjà acquise de plein droit par le seul fait de la loi, et que la société ne survivait plus que pour les besoins de sa liquidation.

3° En toute hypothèse et si, « *par impossible,* le tribunal estimait qu'en ce qui concerne les avoirs situés hors d'Egypte, *la société a pu valablement être prorogée* et devenir la Compagnie financière de Suez » un droit personnel à une fraction de l'indemnité touchée par la compagnie, alors qu'elle prétendait, par le jeu d'une augmentation de capital correspondante, donner en échange des actions de la nouvelle société.

337. — Le tribunal réfuta, point par point les arguments invoqués dans un très long exposé, dont nous donnerons les extraits les plus caractéristiques :

1° *Sur la prétendue dissolution automatique de la compagnie le 26 juillet 1956 par disparition de l'objet et la nullité de sa prorogation.*

« Attendu que... les dispositions de l'article 1865 Code civil doivent être interprétées et appliquées conformément à la volonté exprimée par les parties dans le pacte social ; qu'en effet, ces dispositions sont supplétives de la volonté des parties et ne présentent aucun caractère d'ordre public ; que les associés ont toute latitude d'y déroger en étendant ou en modifiant l'objet social dans des conditions que le législateur a tendu à faciliter par des textes successifs, puisque la modification de l'objet, après avoir longtemps exigé des conditions particulièrement sévères de quorum et de majorité, est aujourd'hui soumise au droit commun des modifications statutaires...

... qu'en fait, la Compagnie n'a pas effectivement cessé son activité concessionnelle dès le 26 juillet 1956 ; qu'en effet, le personnel de celui-ci est demeuré en place sur les instructions de sa Direction et a continué à assurer tous les services du canal ; que bien après la date litigieuse, la Compagnie a poursuivi l'étude des programmes de travaux qu'implique l'accommodation permanente du canal au trafic...

... qu'il s'ensuit (des accords du 13 juillet 1958) que le gouvernement de la République Arabe Unie ne considérait pas lui-même que ces droits avaient automatiquement pris fin le 26 juillet 1956 ; qu'en conséquence, il est bien démontré que le fait juridique invoqué par les demandeurs ne s'est pas produit le 26 juillet 1956, mais bien le 13 juillet 1958 ; que cela est si vrai que, dans l'intervalle la personne morale soi-disant dissoute de plein droit du fait de l'acte arbitraire du gouvernement égyptien a encaissé 6.340.000 de droit de péage... Que la loi du 1er juin 1957 reconnaît explicitement et sans réserve l'existence et donc la continuité de ladite société près d'un an après la décision de nationalisation résultant de la loi égyptienne n° 285 du 26 juillet 1956... que c'est en conséquence dans la pleine limite de ses pouvoirs et en tant qu'organe légal d'une société anonyme de droit français disposant de son entière capacité que l'assemblée générale des actionnaires de la Compagnie défenderesse, réunie le 25 juin 1957, a modifié son statut social en étendant son objet et en prorogeant sa durée.

2° *Sur l'attribution exclusive de l'indemnité à la personne morale et non aux actionnaires.*

... qu'il appert des documents signés que ce dernier accord (du 29 avril 1958) « ayant pour objet l'indemnisation de la Compagnie » est intervenu entre le gouvernement de la République Arabe Unie, la Compagnie financière de Suez « *agissant en son propre nom* » et la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, cette dernière agissant à des fins limitées et précisées à la convention ; que le pénultième alinéa de cette dernière stipule « que la Compagnie financière de Suez intègre maintenant tous les actionnaires et porteurs de parts de fondateurs de la Compagnie, ainsi que les porteurs de parts civiles, et est, en conséquence, *à l'exclusion* de tout actionnaire, porteur de parts de fondateurs ou porteur de parts civiles *individuellement considéré,* qualifiée pour conclure et exécuter le présent accord et pour donner décharge pleine et définitive au gouvernement de la République Arabe Unie... qu'il est convenu et entendu que les droits et obligations prévus (il s'agit des 28.300.000 livres égyptiennes) sont attribués *collectivement* et non individuellement aux actionnaires et porteurs de parts de fondateurs de la Compagnie et porteurs de parts civiles... que Lenoir (un des demandeurs) ne possède aucun droit privatif sur ces indemnités ; que celles-ci constituent la *propriété de la personne morale dont s'agit.*

3° *Sur l'avantage individuel des actionnaires à recevoir une somme liquide au lieu de droits négociables.*

... qu'il semble bien apparaître que l'action engagée n'est ni recevable, ni fondée ; qu'en premier lieu, en effet, *s'il peut sembler séduisant pour un actionnaire de toucher sans délai sa part dans la liquidation d'une entreprise, nul ne peut garantir que cette part sera supérieure à ce que ledit actionnaire pourra retirer de la vente de son titre en bourse ;* qu'au surplus *il est de l'intérêt particulier de l'actionnaire comme de l'intérêt national* de conserver, à titre de société strictement française, l'une des plus puissantes entreprises de l'économie mondiale ; qu'en second lieu, *la tendance certaine du législateur est de tempérer, sinon d'annihiler les effets de l'art. 1865 code civil, qu'il suffit de rappeler en ce sens l'ordonnance du 7 janvier 1959 portant le numéro 59-73* et qui dispose qu'à titre exceptionnel, les sociétés dont le siège social est situé sur le territoire de la République et qui sont arrivées à leur terme statutaire avant la mise en vigueur de la présente ordonnance... peuvent valablement proroger leur durée avec effet rétroactif au jour de ce terme sans création d'une personne morale nouvelle, lorsqu'elles auront continué à fonctionner conformément à leurs statuts... qu'un fait domine le problème, à savoir que c'est le patrimoine social qui a été affecté par la loi de nationalisation et, par voie de conséquence seulement la valeur des titres.

338. — Sans qu'il soit besoin d'autres commentaires, il est permis de dire que ce cas illustre à lui seul toutes les questions de fond qui apparaissent lors de la prorogation envisagée dans la conjoncture économique moderne, en montrant à quel genre de conflit entre les associés et la société l'opération peut se heurter. Les circonstances spéciales à la cause s'opposaient à ce qu'il fut donné satisfaction à la requête des actionnaires demandeurs, mais ceux-ci n'en avaient pas moins intenté l'action. En la repoussant, le tribunal élève le débat, et la portée de ses conclusions (surtout celles citées en dernier lieu) dépasse de loin l'espèce qui lui était soumise, car on ne pouvait affirmer plus explicitement la liberté de décision laissée aux sociétés quant à l'extension de leur objet, la prolongation de leur durée au nom de l'intérêt général que peut présenter le maintien de leur personnalité morale, à l'encontre de la conception plus ou moins valable qu'auraient certains associés de leur avantage immédiat.

CONCLUSION

Cette étude nous a donné l'occasion de nous rendre compte de la complexité du phénomène de la prorogation et de la multiplicité des problèmes qu'il pose. L'ordonnance 59-73 en réglemente le fonctionnement d'une manière pratique ; elle nous a paru hautement symptomatique de la force et de la réalité reconnues à la personnalité morale dans le droit actuel. Mais il ne faut pas se dissimuler à quel point l'ensemble de la question reste obscur, difficile à délimiter. Sur le plan juridique, nous avons l'impression qu'il y aurait encore un travail à accomplir pour écarter certaines incohérences et incertitudes. Il est étrange que l'on édicte une mesure qui mette en cause d'aussi près les concepts de terme et de durée de la société sans préciser davantage entre quelles limites dans le temps leurs conséquences vont intervenir. Nous avons admis que l'ordonnance paraît consacrer le principe de leur adoption, qui aurait été, en France, introduit dans le droit par voie coutumière. Mais ceci reste malgré tout une supposition. Il faudrait, pour satisfaire la raison, qu'il fut imposé à une société, soit une durée maximum, soit l'indication d'une durée. Et il semblerait, d'après les dernières informations parues dans la presse, que le législateur s'orienterait dans cette voie.

Contrairement à l'avant-projet gouvernemental (n° 91), la commission Pléven proposerait de limiter la durée des sociétés de personnes à 50 ans et celle des sociétés par actions à 99 ans, pour éviter les inconvénients qu'entraîne l'application de l'art. 1869 civ. au cas de société à durée illimitée. Mais elle lierait cette proposition à une autre, celle d'abaisser, sinon de supprimer les droits d'enregistrement qui frappent les prorogations, et les droits perçus sur les plus-values, qui expliquent pourquoi les sociétés ont actuellement intérêt à se constituer pour une très longue durée ou même une durée limitée. Cette dernière solution serait évidemment recommandable, encore que l'argumentation sur laquelle elle s'appuie soit, dans la pratique, discutable. Depuis très longtemps, en effet, la jurisprudence refuse d'appliquer l'art 1869 civ. aux sociétés par actions (n° 83) et a même commencé à le faire pour les

sociétés à responsabilité limitée (n° 88). Quant aux sociétés de personnes proprement dites, elles ne sont presque jamais constituées pour une durée illimitée (et la plupart du temps leur durée est très inférieure à 50 ans) malgré la possibilité théorique qui leur en est incontestablement offerte, car elles auraient une existence trop aléatoire (n° 79).

En réalité, seule une suppression totale des divers droits afférents à la prorogation serait conforme à la logique. Ou alors il faudrait préciser, si l'on maintient le principe de la perception de ces droits, de quel temps minimum d'existence établi en fonction de la durée choisie la société doit justifier avant de se proroger. Dans le système présentement en vigueur, le fisc est le plus intéressé à la prorogation. Mais on ne comprend pas alors pourquoi elle peut être décidée à tout moment. A la constitution, la perception du droit d'apport s'établit sur les éléments certains : le capital social est une donnée fixe. Lors de sa prorogation, elle est complètement arbitraire. Si l'on n'assigne pas un délai minimum à respecter entre la constitution et la décision de continuation, celle-ci ne repose sur aucune base imposable qui ne soit mouvante. Elle est soumise entièrement à la volonté des associés, et l'avantage du fisc dépend d'un actif net qui peut changer au jour le jour.

Il est en vérité infiniment difficile de cerner le problème, parce que la prorogation gardera toujours une base contractuelle en même temps qu'elle sera la manifestation de la volonté d'une personne distincte des contractants. Il y a là un jeu entre deux facteurs dans lequel prédominera celui qui se trouve être le plus fort au moment de la prise de décision ; une personne morale forte tend à s'affirmer au-dessus des individus. Mais les éléments de cette force proviennent de sources très différentes, juridiques, suivant la nature du contrat social, économiques et psychologiques. Ils se présentent dans la réalité d'un actif solidement assuré, la puissance sociale et économique incarnée par une entreprise, et la représentation que se font les associés, à un moment donné, des perspectives futures.

Il serait donc des plus imprudent de porter des jugements trop arrêtés à propos d'un ensemble aussi vaste de variables qui interfèrent les unes sur les autres : au fond, la physionomie de chaque prorogation est déterminée par le cas d'espèce de la société qui en est l'objet. Et cependant à un degré plus ou moins grand, toute prorogation procède d'un même élan vers la vie, de la volonté d'aller vers l'avant. Le législateur de 1959 n'a pas vu que le côté fiscal de l'opération : sinon, il en aurait mieux précisé les conditions dans le temps. Il a donné aux sociétés des moyens efficaces pour décider ou non de leur maintien. C'est en ce sens que nous avons pensé que cette ordonnance consacrait le fait de la société.

Malgré les objections faites par le doyen Hamel à la théorie de la réalité absolue de la personne morale, émise par Otto Gierke, et les dangers évidents qu'elle comporte, nous croyons à l'existence

effective de cette personne, non pas comme une simple création de la loi, mais comme une entité véritable, qui se crée peu à peu, et qui est formée d'une manière occulte et mystérieuse, à la fois par ses actes et les espérances, les ambitions, les volontés de ses représentants. Cette personne est invisible, impalpable, mais elle se manifeste comme un être vivant, sujet de droit...

« Un problème qui me pourchasse, dont la science du droit me semble n'avoir jamais sondé l'intime profondeur, celui que les juristes, pour la plupart, esquivent tour à tour : savoir si l'être humain est l'unique support d'une subjectivité juridique, s'il n'existe point d'autre sujet de droit que l'homme... » écrivait dans une vue prophétique G. Renard (*La théorie de l'institution*, Sirey, 1930, p. 5). Ce phénomène devient de plus en plus sensible à l'heure actuelle, où les individus sont sollicités de tous côtés par des formes d'action qui voudraient les plier à leurs impératifs, les intégrer dans un cadre. Dans le domaine commercial, il revêt la forme de la société anonyme, de la grosse entreprise. Il est déjà certain qu'en permettant à une telle société une durée de 99 ans, on admet qu'à l'expiration du contrat initial, plus aucun de ses promoteurs ne sera en vie. Les actionnaires changent même constamment au cours de la vie sociale. Et cependant, alors que la totalité des associés devient autre, l'être moral persiste : il a donc bien acquis une existence indépendante. A sa constitution, il était effectivement une création de la loi, dans son cadre contractuel, mais il a ensuite affirmé sa vie par ses actes et qu'on le veuille ou non, il y a là un fait qui dépasse les existences et les volontés individuelles.

Et nos observations personnelles de la vie des entreprises nous ont amené à constater quelle puissance elles prennent sur ceux qui y participent et qu'un seul but lucratif vu à l'échelle humaine n'explique pas. Cette puissance s'étend à tous : ceux qui en dépendent à titre de salariés et ceux qui en devraient être, en principe, les maîtres. Nous avons vu dans l'esprit de vieux ouvriers et employés un mélange singulier de rancœur et d'amour à l'égard de l'être auquel ils sont assujettis et qui finit, au bout d'un certain nombre d'années, par se résoudre en une impossibilité psychologique de le quitter, même quand une situation plus rémunératrice leur est offerte. Certains dirigeants subissent une emprise analogue : ils n'ont plus besoin de s'enrichir personnellement et pourraient avantageusement se retirer des affaires, mais ils se sentent poussés à continuer, à agrandir l'œuvre commencée, à lui apporter leur temps et leur argent. Sans doute y a-t-il d'abord manifestation de l'instinct créateur, mais à un certain degré, ce n'est plus exact : il y a asservissement. Les dirigeants en question ne contrôlent plus, en réalité, la personne morale ; elle s'affirme au-delà de leur volonté, et ils ne peuvent plus s'en libérer. La création d'une telle entité n'est pas instantanée. Une personne morale, même juridiquement constituée, n'est pas encore une personne vivante. C'est le temps qui la conforme. Chacun de ses actes est un phénomène d'auto-

engendrement... une personne physique vit dès sa naissance, et chacun de ses actes la consume, la rapprochant inévitablement de sa disparition. Telle est peut être la différence fondamentale entre ces deux types d'existence et sur laquelle l'ordonnance 59-73 attire l'attention. Il fut consacré peu de commentaires à ce texte lorsqu'il parut ; il nous semble soulever les questions les plus graves, que nous n'avons ni la possibilité, ni la prétention de résoudre dans tous leurs tenants et aboutissants. Mais ce serait déjà un résultat que d'en laisser pressentir l'importance.

BIBLIOGRAPHIE

Traités généraux

ARTHUYS. — *Traité des sociètès commerciales*, t. II, 3e éd., Paris, 1916-1919.

COPPER-ROYER. — *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, 3e éd. 1925, t. II, 4e éd., 1931, t. IV.

DECUGIS. — *Sociétés par actions*, 7e éd.

DELANGLE. — *Sociétés commerciales*, 2e éd., 1843.

ESCARRA et RAULT. — *Les sociétés commerciales*, t. I, Sirey 1950

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de société*, 2e éd., Paris, 1892.

HAMEL et LAGARDE. — *Traité de droit commercial*, Dalloz, 1954.

HEMARD. — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2e éd. Sirey 1926.

HOUPIN et BOSVIEUX. — *Traité général théorique et pratique des sociétés commerciales*, 5e éd. t. I, 6e et 7e Paris, 1935.

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de droit commercial*, 8e éd., 1925, t. I.

LAURENT. — *Principes de droit civil*, Paris, 1878.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial*, 5e éd. t. II.

LYON-CAEN, RENAULT et AMIAUD. — *Traité de droit commercial*, 15e éd.

MOREAU. — *La société anonyme, traité pratique*, 2e éd., Paris, 1956.

PONT. — *Traité commentaire des sociétés commerciales*, 1880, t. I.

PLANIOL, RIPERT et BOULANGER. — *Traité élémentaire de droit civil*, 1952, t. II.

ROUSSEAU. — *Manuel pratique des sociétés par actions*, Paris 1895.

THALLER et PIC. — *Des sociétés commerciales*, 1re éd., t. I, 1907, t. II, 1913.

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 8e éd., Paris, 1931, t. I.

WAHL. — *Traité de droit fiscal*, Paris, 1902-1906.

VAVASSEUR. — *Traité des sociétés et commerciales*, 6e éd., 1910, t. I.

RÉPERTOIRE DALLOZ, 1957. — *Sociétés*.

Ouvrages spéciaux

CELLERIER. — *Etude sur les sociétés anonymes*, Paris, 1905.

RENARD. — *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930. *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939.

RAULT. — *Traité théorique et pratique des parts de fondateurs*, Paris, 1930.

SOLUS. — *Réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de* 1935 et 1937, Paris, Sirey, 1938.

Thèses

Poirier. — *Des impôts qui grèvent la formation, les modifications, la prorogation, la dissolution et le partage des sociétés*, Poitiers, 1905.

Richier. — *Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties*, Paris, 1910.

Galasesco. — *De la dissolution anticipée et de la prorogation d'une société anonyme*, Paris, 1913.

Thomas. — *De la prorogation volontaire tacite en droit français*, Poitiers, 1929.

Henniqueau. — *De l'effet des modifications statutaires sur les droits des porteurs de parts bénéficiaires*, Paris, 1949.

Coulombel. — *Du particularisme de la condition juridique des personnes morales en droit privé*, Nancy, 1949.

Benzimra. — *Apports de sociétés à sociétés*, Paris, 1950.

Treillard. — *Les transformations de sociétés et l'intérêt des tiers*, Bordeaux, 1951.

Petot. — *Les extensions de la notion d'apport en société*, Paris, 1954.

Kraemer. — *Les droits des créanciers d'une société dissoute*, Paris, 1959.

Articles

Auger. — « La transformation », *Rev. soc.*, 1925, p. 258.

Bastian. — « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation », *J. Soc.*, 1947, p. 1.

Binet. — « Acte de prorogation d'une société. Enregistrement », *Revue critique*, 1904, p. 386.

Bosvieux. — « Le pouvoir modificateur de l'assemblée générale pendant la liquidation », *J. Soc.*, 1926, p. 449.

Chambaz. — « La durée des S.A.R.L. », *J. Soc.*, 1951, p. 16.

Colin Charles. — « La faculté pour une assemblée générale d'actionnaires d'annuler les décisions d'une assemblée générale précédente », *Rev. trim. du dr. des soc. et du dr. financier*, 1937, p. 149.

Cordonnier. — « L'objet social » *Dalloz*, 1952, Doctrine, p. 171.

Dalsace. — « Du caractère de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la dissolution anticipée d'une S.A. pour perte des 3/4 du capital social», *Gaz. Pal.*, 1947, t. II, doctrine, p. 3.

Derode. — « Des conséquences de la nullité des sociétés de fait et des sociétés irrégulièrement constituées en ce qui concerne la responsabilité des associés et des créanciers sociaux ». *Revue pratique de législation et de Jurisprudence du tribunal de commerce de la Seine*, 1936, p. 197.

Gabolde. — « Sociétés de fait et prescription quinquennale des actions des créanciers d'une société dissoute », *J.C.P.*, 1943, éd. C.I. doctrine, n° 357.

Houpin. — « Prorogation de société », *J. Soc.* 1903, p. 241 ; « de la fusion », *J. Soc.*, 1910, p. 290.

Lacour. — « Dans quels cas les modifications apportées à l'acte constitutif d'une société ont-elles pour effet de dissoudre cette société et de créer une société nouvelle ? » *J. Soc.*, 1913, p. 97.

Leblond. — « De la nullité des clauses statutaires prévoyant une majorité décroissante pour les décisions collectives extraordinaires des S.A.R.L. », *Rev. soc.*, 1941, p. 155.

— Sur la prorogation rétroactive d'une S.A. dissoute par arrivée de son terme statutaire, *Gaz. Pal.*, 1957, t. 2 Doctrine p. 74.

Lecompte. — « De la législation de guerre relative aux suspensions et prorogations de délai ainsi qu'au fonctionnement des sociétés », *J. Soc.*, 1941, p. 93.

Maguero. — « Droit de transcription sur les apports d'immeubles en société », *Rev. enregistrement*, 1913, p. 529.

NAQUET. — « Actes de prorogation des sociétés » *R.E.*, 1900, n° 2421, p. 521.

PERCEROU. — « Des pouvoirs de l'assemblée générale extraordinaire, dans les sociétés par action à effet de modifier les statuts », *J. Soc.*, 1907, p. 49.

PIQUECRY. — « Le juge des référés et la convocation d'une assemblée générale à la demande d'un actionnaire », *Rev. Soc.*, 1929, p. 145.
— « De la prorogation des sociétés », *Rev. Soc.*, 1930, p. 1.

RIGAL. — « Le droit de prorogation doit-il être perçu sur le seul montant des apports primitifs ou tout à la fois sur ces apports et sur l'accroissement du fonds social ? » *Journal du notariat*, 1897, p. 625.

SCHMIDT. — « Influence du droit fiscal sur le droit des sociétés », *Rev. trim. Dr. com.*, 1957, p. 561.

VAVASSEUR. — « Le projet de loi sur les sociétés par actions et les modifications des statuts », *Rev. Soc.*, 1904, p. 431.
— « Dissolution des sociétés et reconstitution », *Rev. Soc.*, 1896, p. 26.

VIENOT. — « L'application aux sociétés de la loi du 11 mars 1924 sur les référés commerciaux », *J. Soc.*, 1931, p. 321.

WAHL. — « Les parts de fondateurs », *J. Soc.*, 1897, p. 202.

Principales décisions et notes de jurisprudence citées

Lyon, 7.7.1951 — D., 1854.II.85.
Civ., 16.6.1859 — S., 1861.I.113 ; D.P., 1859.I.244.
Req., 29.5.1865 — S., 1865.I.325.
Paris, 20.5.1869 — D., 1870.II.2.
Req., 7.2.1870 — D., 1870.I.303
Lyon, 24.6.1870 — S., 1871.II.70
Lyon, 24.7.1871 — D., 1871.II.141.
Toulouse, 22.6.1872 — S., 1873.II.169, note Labbé.
Req., 24.5.1875 — D., 1875.I.439.
Civ., 13.3.1876 — D., 1877.I.49.
Civ., 12.2.1879 — S., 1879.I.217.
Civ., 1.2.1881 — D., 1882.I.21.
Req., 3.7.1881 — S., 1883.I.367.
Req., 21.7.1884 — S., 1885.I.277.
Req., 7.5.1890 — D., 1891.I.289.
Civ., 29.2.1888 — S., 1889.I.417, note Chavegrin.
Req., 9.7.1891 — S., 1893.I.301.
Sol. Régie, 7.4.1892 — S., 1895.II.119, note A. Wahl.
Nîmes, 18.7.1892, Req., 2.1.1894 — S., 1894.I.130.
Req., 24.10.1892 — S., 1892.I.469, note A. Wahl.
Civ., 30.5.1892 — S., 1892.I.561 ; D., 1893.I.107, note Thaller.
Civ., 30.1.1893 — D., 1893.I.224, note A. Wahl.
Seine, 16.3.1894 — *J.E.*, 1894, n° 24.407.
Req., 28.1.1895 — S., 1896.I.418, note A. Wahl.
Civ., 2.3.1897 — *J. Soc.*, 1897, p. 262.
Req., 29.4.1897 — S., 1899.I.481 ; D., 1898.I.106.
Civ., 4.2.1901 — S., 1903.I.49, note A. Wahl.
Trib. civ. Lille, 4.7.1901 — S., 1904.II.119.
Trib. civ. Soissons, 10.7.1901 — S., 1904.II.120.
Req., 16.7.1901 — S., 1902.I.257, note Lyon-Caen.
Req., 2.2.1902 — S., 1903.I.348.
Chambres réunies, 22.12.1904 — D.P., 1905.I.209.
Civ., 17.3.1903 — S., 1904.I.199.
Req., 23.10.1906 — S., 1908.I.277, note Hémard.
Seine, 23.3.1907 — *R.E.*, 1907, 574.
Req., 22.10.1907 et 1.6.1908 — D., 1908.I.361, note F.L.M.
Commission supérieure des bénéfices de guerre — S., 1908.II.77, note Bourcart.
Civ., 30.10.1918 — D., 1923.I.101.

Trib. Valenciennes, 14.10.1920	*R.E.*, 1924, n° 7989, note anonyme.
Seine, 17.6.1922	*R.E.*, 1924, n° 7990.
Civ., 25.2.1924	*J. Soc.*, p. 429.
Paris, 12.5.1926	S., 1927.II.27, note Rousseau ; *J. Soc.*, 1927, p. 43, note Houpin ; *Gaz. Pal.*, 1926.II. 253.
Civ., 4.2.1930	D., 1932.128.
Civ., 23.7.1931 et Req., 2.7.1934	D., 1935.I.49.
Req., 7.12.1931	*J.E.*, 1932, n° 34423.
Trib. com. Rochefort-sur-Mer, 8.7.1932	S., 1933.II.85, note Rousseau.
Montpellier, 8.2.1933	*J. Soc.*, 1933, p. 428.
Besançon, 10.7.1933	*J. Soc.*, 1935, p. 353.
Req., 6.5.1936	*R.E.*, 1937, n° 10.787.
Trib. Nice, 28.2.1938	S., 1939.II.97, note de Juglart.
Seine, 12.5.1942	*R.E.*149, 6, p. 329.
Trib. civ. Montpellier, 12.4.1943	*R.E.*, 1947, n° 12.120.
Civ., 28.1.1946	D.C., 1946.I.168.
Req., 2.5.1946	D., 1946, 286 ; *J. Soc.*, 1946, p. 230.
C.E., 21.5.1948	*J.C.P.*, 1949.II, n° 5080.
Civ. com., 25.11.1948	*Bull. civ.*, 1948, n° 263.
Civ., 5.1.1953	*Bull. civ.*, 1953.III.3.
Civ. com., 16.6.1952	D., 1953, p. 509, note Jean Copper-Royer.
Civ. com., 28.1.1954	D., 1954, p. 217, note Levasseur.
Paris, 5.7.1954	D., 1954, p. 706.
Pau, 26.6.1954	*Gaz. Pal.*, 1954.I.281.
Civ., 25.1.1956	*Bull. civ.*, 1956.III, n° 38.
Seine, 19.11.1956	D., 1957.206, note Dalsace.
C.E., 4.6.1958	*Rev. trim. dr. com.*, p. 545.
Seine, 22.6.1959	*Rev. Soc.*, 1960, p. 46, note Auteserre.

Revues et périodiques

Arrêts du Conseil d'Etat, Recueil Lebon.
Annales de droit commercial.
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (*Bull. civ.*).
Bulletin de l'administration des contributions indirectes (*B.A.*).
Bulletin officiel des contributions directes (*B.O.C.D.*).
Bulletin officiel de l'enregistrement et du domaine.
Duvergier : collection complète des lois et décrets.
Impôts et sociétés.
Informateur du chef d'entreprise.
Journal de l'enregistrement et des domaines (*J.E.*).
Journal du notariat.
Journal des sociétés civiles et commerciales (*J. Soc.* ou *Journ. Soc.*).
Revue de l'enregistrement (*R.E.*).
Revue des sociétés (*R.S.* ou *Rev. Soc.*).
Revue trimestrielle de droit commercial.
Revue trimestrielle du droit des sociétés et du droit financier.
Revue pratique de législation et de jurisprudence du Tribunal de la Seine.
Répertoire périodique de l'enregistrement.
Tableau fiscal et juridique.
Recueils Dalloz, Sirey.
Gazette du Palais.
Semaine juridique (édition générale, édition C.I.).

BIBLIOGRAPHIE ÉTRANGÈRE

Belgique : Lois coordonnées sur les sociétés commerciales, Bruxelles, 1958.

Italie : Code civil italien 1942. Bruxelles Ministère des Affaires étrangères et du commerce extérieur. Service Législation étrangère 1954-1959.

Espagne : *Das spanische Gesetz über die Aktiengesellschaften.* Frankfurt, 1955. Traduction allemande.

Allemagne : Nödelke. — *Die Fortdauer der offenen Handelgesellschaft während der liquidation.* Strasburg, 1887.

— Renaud. — *Das Recht der Commandit Gesellshaften.* Leipzig, 1881.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 3

TITRE I

LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES A LA PROROGATION

CHAPITRE PREMIER. — LE PARTICULARISME JURIDIQUE DE LA PROROGATION (nos 1 à 92) 13

Préliminaires (nos 1 à 4) 13

Section I. — La création de la société et son évolution (nos 5 à 32) 14

Sous-Section I. — La dualité juridique établie et ses conséquences patrimoniales (nos 8 à 15) 15

§ 1. — *La dualité dans les sociétés en nom* (nos 10 à 12) 16

§ 2. — *La dualité dans les S.A.R.L. et les sociétés de personnes* (nos 13 à 15) 16

Sous-Section II. — La notion d'objet social et les conséquences de la dualité sur son extension (nos 16 à 25) 18

Sous-Section III. — L'influence combinée de l'extension de l'objet et de la dualité juridique sur la durée de la société (nos 26 à 32) 21

Section II. — La dissolution anticipée (nos 33 à 40) 23

Sous-Section I. — Les causes possibles de dissolution et leur influence d'après la durée prévue dans les différents types de sociétés (nos 34 à 37). 24

Sous-Section II. — Les rapports et les différences entre les règles de l'ordonnance no 59-73 et celles prévoyant la dissolution anticipée pour perte des trois quarts du capital social (nos 38 à 40) 25

Section III. — La prorogation (nos 41 à 74) 26

Sous-Section I. — La prorogation des sociétés de personnes et sa nature (no 44) 27

Sous-Section II. — Nature de la prorogation dans les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée (nos 45 à 74) 28

1o Peut-elle être décidée à la majorité ? (nos 46 à 61) 28

2o Peut-elle être empêchée ? (nos 62 à 74) 32

Section IV. — Les sociétés a durée indéterminée (nos 75 à 88) 36

Sous-Section I. — La durée des sociétés de personnes (nos 76 à 79) 37

Sous-Section II. — La durée des sociétés de capitaux (nos 80 à 86) 38

Sous-Section III. — La durée des sociétés à responsabilité limitée (nos 87 et 88) 41

Section V. — L'esprit de l'ordonnance a l'égard de la notion de durée de la société (nos 89 à 92) 42

CHAPITRE II. — LES CONDITIONS DE LA PROROGATION (nos 93 à 143). 45

Section I. — Les conditions de fond (nos 94 à 116) 45

Sous-Section I. — La volonté des associés et son rôle exclusif (nos 95 à 109) 45

§ 1. — *Le cas des obligataires* (nos 101 à 102) 48

§ 2. — *Le cas des porteurs de parts* (nos 103 à 110) 48

Sous-Section II. — Le maintien de la personnalité juridique de la société (nos 111 à 116) 50

Section II. — Les conditions de forme (nos 117 à 129) 53

Sous-Section I. — Les sociétés de personnes (118 et 119) 53

Sous-Section II. — Les sociétés anonymes et en commandite par actions (nos 120 à 123) 54

Sous-Section III. — Les sociétés à responsabilité limitée (nos 124 à 129). 56

Section III. — Les sanctions de la prorogation irrégulière (nos 130 à 143) 57

Sous-Section I. — Irrégularités de forme (nos 131 à 135) 58

§ 1. — *Irrégularités de consultation* (nos 132 et 133) 58

§ 2. — *Irrégularités de dépôt et de publicité* (nos 134 et 135) 59

Sous-Section II. — Irrégularités de fond (nos 136 à 138) 59

Sous-Section III. — La responsabilité des administrateurs, associés ou gérants chargés de procéder à la prorogation (nos 139 à 143) 61

CHAPITRE III. — LES FRAIS ENTRAINÉS PAR LA PROROGATION (nos 144 à 182) 63

Section I. — La notion d'apport pur et simple (nos 145 à 150) 63

Section II. — Les droits dus lors de la constitution (nos 151 à 160) .. 66

Sous-Section I. — Le principe de leur perception (nos 152 à 154) 66

Sous-Section II. — Leur mode de calcul (nos 155 à 160) 67

Section III. — Les droits dus lors de la prorogation (nos 161 à 181) .. 69

Sous-Section I. — Théories interprétatives de la loi fiscale de 1872 (nos 163 à 171) 69

§ 1. — *Seul le capital primitif et les nouveaux apports doivent être imposés* (nos 164 et 165) 70

§ 2. — *Il faut imposer l'actif net au jour de la prorogation* (nos 166 à 171) 71

Sous-Section II. — L'assiette du droit (nos 172 à 174) 73

Sous-Section III. — Problèmes soulevés par le calcul du droit (nos 175 à 181) 75

§ 1. — *Problèmes juridiques* (nos 176 à 179) 75

§ 2. — *Problèmes pratiques* (nos 180 et 181) 76

Section IV. — Le divorce entre le droit fiscal et le droit privé (no 182) 77

TITRE II

LES CONSÉQUENCES DE LA POURSUITE IRRÉGULIÈRE DE L'ACTIVITÉ SOCIALE AU DELA DU TERME STATUTAIRE

CHAPITRE PREMIER. — LE MAINTIEN DE LA PERSONNALITÉ MORALE POUR LES BESOINS DE LA LIQUIDATION (nos 184 à 192) 83

Section I. — La nécessité pratique du principe (n° 185) 83

Section II. — Les théories explicatives du principe (nos 186 à 189) 84

Section III. — La diversité des opérations permises (nos 190 à 192) 86

CHAPITRE II. — LES CONSÉQUENCES EN DROIT PRIVÉ DE LA CONTINUATION SANS LIQUIDATION (nos 193 à 232) 88

Section I. — Les intéressés a poursuivre l'action en nullité (nos 197 à 213) 89

Sous-Section I. — Principes généraux (nos 197 à 199) 89

Sous-Section II. — Les intéressés dans les sociétés de personnes et les S.A.R.L. (nos 200 à 207) 91

Sous-Section III. — Les intéressés dans les sociétés par actions (nos 208 à 213) 94

Section II. — Les effets de la déclaration de nullité (nos 214 à 232) .. 96

Sous-Section I. — Effets sur les droits des associés et des tiers intéressés (nos 216 à 218) 97

Sous-Section II. — Effets sur les engagements sociaux antérieurs au terme (nos 219 à 228) 97

§ 1. — *Effet sur les créances à terme* (nos 220 à 226) 98

§ 2. — *Effet sur les parts de fondateurs* (n° 227) 100

§ 3. — *Effet sur les contrats en cours* (n° 228) 101

Sous-Section III. — Effets sur les actes passés après le terme (nos 229 à 232) 102

CHAPITRE III. — LES CONSÉQUENCES EN DROIT FISCAL (nos 233 à 242). 104

Section I. — La perception des impôts afférents a la cessation de la société ancienne (nos 236 à 238) 105

Section II. — Les droits dus en cas de reconstitution de la société (nos 239 à 242) 106

CHAPITRE IV. — LES SANCTIONS ENCOURUES PAR LES ADMINISTRATEURS ET LES GÉRANTS (nos 243 à 258) 108

Section I. — La sévérité de la jurisprudence ancienne dans les sociétés par actions (nos 244 à 249) 108

Section II. — La responsabilité des administrateurs et gérants depuis la loi du 1er août 1893 jusqu'a l'ordonnance n° 59-73 (nos 250 à 254) 110

Section III. — L'aspect nouveau apporté par l'ordonnance n° 59-73 (nos 255 à 258) 113

TITRE III

L'INSUFFISANCE JURIDIQUE DES REMÈDES UTILISÉS JUSQU'A L'ORDONNANCE

CHAPITRE PREMIER. - - LA FUSION (nos 259 à 271) 121

Section I. — La fusion avant la loi du 16 juin 1948 (nos 261 à 267) 122

Sous-Section I. — La fusion avant terme (nos 262 à 264) 122

Sous-Section II. — La fusion après terme (nos 265 à 267) 124

Section II. — La fusion après la loi du 16 juin 1948 (nos 268 à 271) 125

CHAPITRE II. — LA PROROGATION INVOQUÉE EN SE FONDANT SUR LA PERSISTANCE DE L'OBJET SOCIAL (nos 272 à 278) 128

Section I. — Le point de vue de la doctrine et de la jurisprudence anciennes (nos 273 à 276) 129

Section II. — La conception moderne (nos 277 et 278) 131

CHAPITRE III. — LA CONTINUATION TACITE CONFORMÉMENT AUX STATUTS 134

Section I. — La doctrine devant la valeur juridique de la société continuée tacitement sans modifications statutaires (nos 280 à 286). 135

Section II. — Les apparentes exceptions faites par la jurisprudence (nos 287 à 291) 138

Section III. — Les aménagements fiscaux des années 1950-1954 appliqués jusqu'a l'ordonnance (nos 292 à 296) 143

CHAPITRE IV. — LA PERSISTANCE DE LA SOCIÉTÉ INVOQUÉE POUR LES BESOINS DE LA LIQUIDATION (nos 297 à 307) 146

Section I. — La prorogation tentée après une première décision de dissolution anticipée (nos 298 à 305) 147

Section II. — La prorogation tentée dans la phase liquidative qui suit l'échéance du terme (nos 306 et 307) 151

CHAPITRE V. — LA PRESCRIPTION DE L'ACTION EN NULLITÉ (nos 308 à 317) 153

Section I. — La prescription de la nullité encourue pour continuation de pur fait (nos 309 à 314) 154

Section II. — La prescription de la nullité encourue pour prorogation tardive (nos 315 à 317) 157

TITRE IV

L'ŒUVRE LÉGISLATIVE ANTÉRIEURE A L'ORDONNANCE ET L'APPLICATION PRATIQUE DES MESURES ÉDICTÉES

CHAPITRE PREMIER. — LES LOIS ANTÉRIEURES A L'ORDONNANCE (nos 318 à 325) 163

Section I. — Les lois « de guerre » (nos 319 à 324) 163

Section II. — Le régime de coopération agricole (no 325) 167

CHAPITRE II. — LE FONCTIONNEMENT DE L'ORDONNANCE (nos 326 à 334) 169

Section I. — Le domaine d'application en droit privé (nos 327 à 331) .. 169

§ 1. — *Les dispositions permanentes* (nos 327 à 329) 169

§ 2. — *Les dispositions transitoires* (no 330) 171

§ 3. — *L'immatriculation au registre du commerce* (no 331) 171

Section II. — Les conséquences fiscales (nos 332 à 334) 172

CHAPITRE III. — LA JURISPRUDENCE POSTÉRIEURE A L'ORDONNANCE (nos 335 à 338) 173

Le jugement du Tribunal de la Seine du 22 juin 1959 (nos 336 à 338) 173

CONCLUSION 179

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE (France)
Dépôt légal, 1er trimestre 1964

COLLECTION HERMES

dirigée par J. HÉMARD
Professeur à la Faculté de Droit
et des Sciences économiques de Paris

1. **Jean LACOMBE. - Les réserves dans les sociétés par actions.**

2. **Michel MEYSSAN. - Les droits des actionnaires et des autres porteurs de titres dans les sociétés anonymes (étude de droit comparé).**

3. **Frédéric LE NEPVOU de CARFORT. - La prorogation des sociétés commerciales (ordonnance du 7 janvier 1959).**